

THÈSE DE
PARIS.

1892

N^o. 78.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

ET DU PARTAGE AMIABLE

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ÉGALITÉ ENTRE HÉRITIERS

AU POINT DE VUE

DE L'ATTRIBUTION DES BIENS EN NATURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MAYER-EMMANUEL LAMBERT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550229_0024

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES

PACTES SUR SUCCESSION FUTURE
ET DU PARTAGE AMIABLE

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ÉGALITÉ ENTRE HÉRITIERS

AU POINT DE VUE

DE L'ATTRIBUTION DES BIENS EN NATURE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 24 novembre 1892, à 1 heure.

PAR

MAYER-EMMANUEL LAMBERT

Président : M. BOISTEL.

Suffragants : { MM. LAINÉ, professeur.
GIRARD,
WEISS, } *agregés.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1892



DROIT ROMAIN

DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

ET DU PARTAGE AMIABLE

HISTORIQUE.

Notre intention, en entreprenant ce travail, est de nous attacher à la convention qui intervient presque toujours dans une hérédité, tout en signalant les particularités qui tiennent à la matière des successions : nous voulons parler du partage extra-judiciaire, qui comprend le partage d'ascendant ; celui-ci étant un pacte sur succession future, nous avons fait de la prohibition de ces pactes et de ses exceptions une partie de notre étude.

Dans la Bible, il est question de distribution d'hérédité, au sujet des filles de Salphaad (*Nombres*, chap. 27, v. 1-11). On en trouve des applications dans les *Nombres*, chap. 36, v. 1-9, qui traitent des partages par le sort ; le droit d'ainesse ne peut plus, comme anciennement, être attribué selon le bon plaisir du père (*Deutéronome*, chap. 21, v. 15-17).

Dans la législation Hindoue, où règne la copropriété

entre le père et les enfants, nous rencontrons l'institution du partage entre-vifs pour les biens acquis par l'industrie du chef de famille (Eschbach, *Législation des Hindous*, p. 599). Si les frères jouissent séparément de leurs parts pendant 15 ans (Dareste, *Les Anciens Codes Brahmaniques*, p. 22) après la mort du père, ils sont considérés comme ayant partagé. Le partage est égal, sauf le préciput de l'aîné : si l'aîné est éminemment vertueux, il peut prendre possession de tout le patrimoine, et les autres frères doivent vivre sous sa tutelle (*Lois de Manou*, chap. 17) ; mêmes règles, si le bien n'est pas partageable. L'enfant, venu après le partage, vient prendre sa part (art. 216), et les biens découverts par la suite, doivent être partagés comme ceux qui l'ont déjà été (art. 218).

A Athènes, on a des exemples de partage entre-vifs entre les enfants ; les textes le supposent toujours égal et juste (Lysias, *de bonis Aristoph.*, § 37 ; voyez aussi les plaidoyers civils de Démosthène). Dans le passage précité de Lysias, on distingue entre les biens patrimoniaux et les biens acquêts, et on conseille au père, dans ce partage, de se réserver une partie des biens patrimoniaux (la même règle se trouve reproduite dans l'Écclésiastique, chap. XXXIII, v. 20 à 22,) ; ce passage donne également à penser que le père avait même le devoir de partager de son vivant entre ses enfants les biens patrimoniaux ; autrement, pourquoi ne pas lui donner le même conseil, quant aux biens acquêts ? Le père ne peut jamais l'opérer par testament, tant est poussée loin, à Athènes, l'assimilation du testament à l'adoption (Greif, *De l'ori-*

gine du Testament Romain, thèse de 1888, p. 27). — Nul n'est tenu, de rester dans l'indivision (plaid. civils de Démosthène, par Dareste, introduction, p. XXX). Le partage comprend les comptes, réglés au moyen de prélèvements (*αντιμοιρας εξαιρειν*), la formation de la masse (*το κοινον*), les rapports (*αναφερειν, συμβαλλειν*), enfin, la composition et le tirage des lots. On peut dispenser du rapport. — Le rapport des dettes existe aussi à Athènes (voir Démosthène, plaidoyer contre Spondias). Chaque héritier doit avoir la même part de meubles et d'immeubles.

Nous croyons devoir nous étendre davantage sur une législation qui date des premiers siècles de notre ère, et qui est peu connue : nous voulons parler des règles du partage, tel que le Talmud (1) l'a organisé. — La Bible étant à peu près muette sur cette matière, les Docteurs

(1) Le Talmud est une vaste collection d'opinions et de décisions, rendues en matière civile et religieuse. Il comprend deux parties : la Michna (doctrine) et la Ghemara (complément) ; la seconde partie est le commentaire et le développement de la première. La Michna, qui rapporte des décisions des docteurs, allant depuis le 1^{er} siècle avant J. C. jusqu'au second siècle de l'ère chrétienne, a été rédigée à la fin du II^e siècle, par R. Juda le Saint, qui, d'après le Talmud, se serait trouvé en relations avec un Antoninus, empereur Romain, peut-être Caracalla. — La Ghemara a donné lieu à deux rédactions, dont la seconde, appelée Talmud Babylonien, est seule suivie ; elle a été compilée surtout par R. Aché, vers l'an 500, et est beaucoup plus ample et plus intelligible à la fois que la première, appelée Talmud de Jérusalem ; c'est à ce Talmud Babylonien que sont empruntés les renseignements insérés au texte. Il se compose de 37 traités, dont 3 principalement sont consacrés au droit civil : Baba-Kama (porte première ; le mot araméen baba, porte, désigne le lieu où siègent les magistrats), Baba-Metzia (porte intermédiaire), Baba-Bathra (porte dernière) ; presque toute la matière du partage se trouve dans ce dernier traité. — Je dois la communication des textes du Talmud sur le partage à mon père, M. Eliézer Lambert, avocat à la Cour d'appel de Paris, qui a bien voulu les réunir, et les traduire à mon usage.

juifs en ont posé les règles, précisément vers l'époque de l'apogée du droit romain, la période classique.

Le droit talmudique présente un certain intérêt : 1^o parce que ses premiers auteurs sont antérieurs à Ulpien, qui, on le sait, est d'origine phénicienne, et que les plus récents docteurs du Talmud ont encore précédé les compilateurs du Digeste ; 2^o parce que les écoles de Palestine et de Babylone enseignaient le droit civil talmudique à l'époque même où florissaient les écoles phéniciennes, et notamment l'école de Béryte, que Justinien appelait *legum nutrix*, et où était professé avec éclat le droit romain.

Il y aurait peut-être quelques rapprochements curieux à faire entre ces deux enseignements, d'ailleurs si divers. Nous en signalerons deux, sans du reste leur attacher plus d'importance qu'il ne convient : d'abord, les deux seuls textes du titre *familiae erciscundae* du Digeste, relatifs au rapport des dettes, appartiennent à Ulpien, et précisément le rapport des dettes est admis par la législation du Talmud ; d'autre part, le seul texte, qui assimile formellement le partage à une vente émane d'Antonin Caracalla ; or, ce prince est d'origine syrienne, et il ne serait pas impossible qu'il ait ressenti l'influence de la législation talmudique, qui, nous le dirons bientôt, a toujours traité le partage comme une vente.

Nous voyons d'abord, comme dans presque toutes les législations, la faculté pour le père de partager de son vivant ses biens entre ses enfants (Baba-Bathra, f^o 126 b. (1), 130 a, b) ; il peut aussi le faire par testament ; mais,

(1) Entendez : feuille 126, au verso ; feuille 130, au recto et au verso.

dans ce cas, il ne peut toucher à la double part du premier-né (Baba-Bathra, f° 126 b).

Les héritiers peuvent se contraindre au partage, quand la chose commune est partageable (Souccah, f° 3 a ; Baba-Bathra, f° 3 a, 11 a) ; ces textes indiquent d'ailleurs dans quelles conditions un objet est, ou non, considéré comme partageable ; mais, cette détermination n'est faite que pour la Palestine. Quant aux colonies juives des autres contrées, soumises à cette législation (en Babylonie, par exemple), Baba-Bathra, f° 11 a et 12 a, donne la règle suivante « *En règle générale, une chose est partageable quand, divisée, chacune de ses fractions porte encore la même dénomination que le tout. Le point de savoir si une chose est partageable ou non, dépend donc de l'usage des lieux* ».

Les choses peuvent être impartageables aussi bien à raison de la destination du père de famille que de leur nature (Baba-Bathra, f° 13 a).

Les héritiers du reste sont libres de déroger à ces règles, et de procéder à un partage en nature, même dans ces cas, s'ils sont tous d'accord (Souccah, f° 3 a ; Baba-Bathra, f° 11 a).

La plus-value produite depuis le décès sur les biens communs et sans le travail des communistes, appartient à la masse. Il en est de même des bénéfices réalisés personnellement par un héritier, mais au moyen de deniers communs (Baba-Bathra, f° 143 b, 144 a). Il en est autrement des plus-values qui se sont produites sur les biens communs, grâce au travail personnel des héritiers, accompli avec leurs propres ressources, pourvu

qu'ils en aient fait la réserve expresse devant témoins (Baba-Bathra, f° 143 b, 144 a). — Si un héritier s'est cru seul successeur, et qu'un parent, dont il ignorait l'existence, se présente, réclamant le partage, la plus-value, résultant du travail du premier, lui profitera pour moitié s'il est mineur ; sinon, le premier aura droit de prélever sur cette plus-value la rémunération de son travail.

Les créances et les dettes ne se divisent pas de plein droit entre les héritiers ; cela résulte du passage suivant : « *Quand des frères ont procédé entre eux au partage et qu'un créancier de leur père vient saisir la part de l'un d'eux (pour se faire payer de sa créance), le partage est nul (et doit être recommencé).* » (Baba-Bathra, f° 107 a). Ainsi, un créancier peut s'attaquer à l'un seulement des héritiers, et l'exproprier ; les autres ne supportent la dette qu'indirectement, en reconstituant une part à l'exproprié. — Du reste, les créances sont considérées comme des biens éventuels, eussent-elles été même recouvrées après le décès et avant le partage ; en cette qualité, elles viennent au partage comme tous biens futurs et éventuels ; mais le premier-né ne prend pas double part sur ces biens, et la raison en est, sans doute, qu'il y a là un droit exorbitant exceptionnel, qu'on interprète toujours le plus strictement possible (Bekhoroth, f° 51 b ; Yebamoth, f° 24 a).

Le rapport n'est pas dû en matière de libéralités ; ainsi, si le père a payé les frais de noces de l'un de ses enfants, ce dernier ne doit rien à la masse, parce que « *ce que les majeurs ont reçu de leur père leur a été concédé à titre*

de donation, et cette donation tient. » (Baba-Bathra, f° 139 a).

Nous voyons, au contraire, ce qui est fort remarquable, admis le rapport des dettes : *Que décidera-t-on, si le père à sa mort était créancier de son fils aîné ? Cette créance constitue-t-elle aussi un bien éventuel ?* Baba-Bathra, f° 125 b). Puis, on agite la question de savoir si, oui ou non, le fils aîné y aura sa double part ; mais il ne s'élève aucun doute sur le principe même de ce rapport. — Chaque héritier doit compte à l'autre des sommes, prises sur la masse, et l'égalité se rétablit au moyen de prélèvements, par lesquels se paieront les héritiers créanciers (Baba-Bathra, f° 139 a).

Le partage peut être opéré en toute propriété ou en jouissance seulement (Baba-Bathra, f° 172 a).

Si la chose commune est impartageable en nature, on a recours à un procédé, qui est un des plus curieux et des plus originaux du droit juif ; c'est ce qu'on appelle le droit de *Goud-ô-Egoud* (prends ou je prendrai). On estime la chose en argent ; dès lors *chacun des copropriétaires peut offrir à l'autre l'option, en lui disant : vends-moi ta part au prix d'estimation, ou achète-moi à ce prix la mienne* (Baba-Bathra, f° 13 a). Mais il doit se tenir prêt à abandonner le tout à son cohéritier, ou à prendre le tout. Sinon, la chose commune est vendue à des tiers. Ce droit d'option ne suppose que deux héritiers : le Talmud ne s'explique pas sur l'hypothèse d'un plus grand nombre de communistes. Il y avait probablement lieu alors à licitation avec ou sans admission d'étrangers.

Les parts doivent, en général, être de même quantité, qualité et valeur ; elles sont tirées au sort (Baba-Bathra, f° 106 b). — On doit, au besoin, morceler les parcelles de terre ; ainsi, si un terrain est bordé d'un côté, par un fleuve, de l'autre, par un ruisseau, on doit s'arranger de manière que chacun ait la même part du fleuve et du ruisseau (Baba-Bathra, f° 12 a). Mais si deux champs d'égale valeur étaient bordés par un même ruisseau, celui qui aurait sa propriété contiguë à l'un des lots, pourrait en réclamer l'attribution directe, sans tirage au sort, en vertu de ce principe talmodique, que *l'un doit jouir où l'autre ne perd pas* (Baba-Bathra, f° 12 a).

Sur cette égalité des parts, il est une remarque intéressante à faire, à propos de deux privilèges, admis par la législation talmodique : le privilège du droit d'aînesse consiste dans une double part, mais, entendez ici *une part double*, en sorte que l'aîné aura droit à prendre sa double part du même côté et sur le même confin ; au contraire, le lévir, (1), qui a également droit à une part privilégiée, obtient, en réalité, *deux parts*, et non pas *double part* ; il est doublement soumis aux chances du tirage, et peut recevoir deux parts non contiguës. La raison en est, qu'il est le représentant de son frère, et que les choses doivent se passer, comme si celui-ci eût vécu (Baba-Bathra, f° 12 b).

Effets du partage. — Le partage est par lui-même

(1) Si un homme marié meurt sans enfant, son frère, à la condition d'épouser sa veuve, a le droit, dans la succession de l'auteur commun, de prendre, outre sa part, celle de son frère qu'il remplace ; en épousant la veuve, il a exercé ce qu'on nomme le droit du *lévirat*, et lui-même est appelé *lévir*.

translatif de propriété. On déroge ainsi à la règle de droit juif, qui exige certains actes matériels pour la translation de la propriété. Ici, la simple volonté suffit. *La raison en est, que l'avantage est réciproque, chacun désirant acquérir sur-le-champ sa part.* (Baba-Bathra, f° 106 b).

Le partage est assimilé à une vente, d'après l'opinion qui a prévalu, et qui est notamment celle d'Akiba, docteur de la fin du I^{er} et du commencement du II^e siècle de notre ère (Baba-Bathra, f° 65 a). On suit rigoureusement les conséquences de cette assimilation ; ainsi, le partage une fois réalisé, s'il n'y a pas eu de réserve expresse, les cohéritiers ne se doivent plus aucune servitude, pas même la servitude de passage (Baba-Bathra, f° 7 b, 65 b).

Rescission du partage. — Le partage amiable étant assimilé à une vente, lorsqu'il y a lésion d'un sixième tout juste, elle doit être réparée ; au-dessus, elle entraîne l'annulation du partage (Kidouschin, f° 42 a, b) ; cette dernière lésion ne s'applique ni aux immeubles, ni aux esclaves.

Nous avons vu plus haut que l'expropriation d'un des copartageants par un créancier de la succession entraîne la nullité de l'opération (Baba-Bathra, f° 107 a).

On peut induire de Baba-Bathra, f° 151, a, et de Kethouboth, f° 109 b, où il est question d'un objet légué, que le partage est nul, toutes les fois qu'on y a compris un objet qui ne faisait pas partie de la masse.

Les textes s'occupent encore d'une dernière cause de nullité ; et les décisions, qui s'y trouvent, témoignent d'une science et d'un esprit juridique très développés. —

Si on a omis au partage entre deux héritiers un frère, par exemple, le partage est nul. — Mais, supposons que ce troisième frère, qui n'a pas en mains les preuves de sa parenté, soit reconnu seulement par l'un des deux autres, cette reconnaissance de *Primus* ne sera pas opposable à *Secundus* : *Secundus* gardera la moitié de la succession. *Primus*, en reconnaissant *Tertius*, a consenti, par là même implicitement à ne recevoir qu'un tiers ; on lui donne ce tiers, et *Tertius* aura le sixième restant (Baba-Bathra, f° 106 b ; f° 134 b). D'autres textes tirent de la même idée des conséquences plus curieuses encore et fort logiques, bien qu'empreintes d'un peu de subtilité (Baba-Bathra, f° 134 b, 135 a, 135 b) ; mais ce sont là des solutions de détail.

Abordant maintenant la législation romaine, nous diviserons notre sujet en deux parties. Dans une première partie, nous traiterons du partage de l'hérédité d'une personne vivante, ce qui nous amènera à parler de la prohibition des pactes sur succession future, à laquelle ce partage est venu faire exception. Dans une seconde partie, nous étudierons le cas normal de partage, c'est-à-dire le partage opéré après le décès du *de cuius*.

PREMIÈRE PARTIE

DES PACTES SUR SUCCESSION FUTURE

Plusieurs textes du Digeste et du Code nous mentionnent l'interdiction des pactes qui auraient été faits du vivant du *de cuius* sur son hérédité. Bien que de telles conventions supposent un état de civilisation déjà avancé, et que presque tous les textes de jurisconsultes, qui s'y réfèrent, soient de l'époque classique, il est à croire que la prohibition remonte à une époque assez ancienne de Rome. D'abord, nous avons un texte, l. 27, D, XXIX, 2, où une décision attribuée à Labéon, auteur bien antérieur à l'époque classique, suppose déjà notre théorie en vigueur ; il s'agit d'une *gestio pro herede*, que Labéon ne veut pas voir se produire du vivant du *de cuius*. Tous les textes, du reste, supposent la règle bien établie, puisqu'ils en parlent comme d'une vérité incontestée. Enfin, on se l'explique à merveille, si l'on songe au respect que les anciens Romains éprouvaient pour le testament, et les formes rigoureuses, auxquelles il fut soumis au début. Rien de plus difficile que de transmettre l'universalité de ses biens, même aux plus proches. Aux origines, le testament, dans l'opinion générale, est une véritable loi, *calatis comitibus*. Plus tard, c'est l'entrave

de la *mancipatio familiæ*, avec ses témoins et le détour du *familiæ emptor*. Comment concevoir qu'un particulier pût se jouer de ces formes, en employant le moyen si simple de la stipulation, ou même d'un pacte nu, au détriment de la *gens* ou de la famille !

Nous aurons, en premier lieu, à déterminer les motifs de la prohibition ; puis, nous rechercherons quelle en est la portée, comment elle est sanctionnée, enfin quelles exceptions y furent apportées.

CHAPITRE PREMIER

MOTIFS DE LA PROHIBITION.

Nous venons de les indiquer, d'une manière incidente, pour la plupart de ces pactes : d'un côté, entraves à la circulation du patrimoine *per universitatem* ; de l'autre, efforts de la loi, pour déjouer les fraudes et les détours qui permettraient de les éluder. Toutefois, d'autres motifs, tant moraux que juridiques, viennent appuyer les premiers, et il nous faut les étudier.

La question doit être envisagée sous plusieurs aspects ; car, les pactes sur succession future pouvant revêtir les formes les plus diverses, se ramènent néanmoins à trois groupes principaux, pour lesquels la prohibition n'a ni la même raison d'être, ni la même étendue. Nous les envisagerons chacun séparément, en traitant, dans un premier paragraphe, des pactes intervenus entre étrangers sur la succession d'autrui ; dans un deuxième, des engagements pris par une personne relativement à sa propre succession ; enfin, des renonciations à succession future.

§ I. — *Des pactes conclus entre étrangers au sujet de la succession d'autrui.*

Dans notre législation, nous trouvons la prohibition édictée d'une manière aussi large que possible dans l'article 1130, et ne fléchissant qu'en faveur du mariage. D'après ce qu'en dit Pothier, et à la lecture des travaux préparatoires, on ne peut guère douter que le législateur n'ait été déterminé par des raisons de morale ; on a craint, que de pareils pactes n'aient pour effet de faire naître ou d'accroître chez les intéressés des espérances coupables, suggérant des pensées criminelles. C'est, en effet, un des motifs indiqués dans les sources Romaines, surtout au Code ; et nul doute que les rédacteurs du Code civil ne les aient suivies en ce point, peut-être sans examen bien approfondi. Car, tous ces pactes, à beaucoup près, ne présentent pas ce caractère d'immoralité, et du reste, plusieurs d'entre eux, à raison de leur utilité, sont admis par nos lois (partage d'ascendant, institution contractuelle). D'autres, au contraire, peuvent servir de base à des calculs intéressés et immoraux, et cependant ils trouvent également place dans une des sections du Code : ce sont les conventions de rente viagère.

Si nous revenons au droit romain, et recherchons les motifs de la prohibition, nous trouvons d'abord, comme nous l'avons dit, les conventions sur une succession, intervenues entre personnes autres que le *de cujus*. Une loi de Pomponius, l. 1, D. XVIII, 4, nous dit : *Si here-*

ditas venierit ejus qui vivit, aut nullius sit, nihil esse acti quia in rerum natura non sit, quod venierit. A en rapprocher la loi 7 de Paul au même titre, que nous verrons tout à l'heure. D'autre part, Julien (l. 27, § 4, D. XXXVI, 1) en parlant d'une addition d'hérédité, ajoute : *quia non probè de hereditate viventes pueri aget* ; et Justinien, dans la loi 30, b., de *Pactis*, II, 3 : *sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosæ videntur, et plenæ tristissimi, et periculosi eventus.*

Voilà deux motifs nettement distincts, au moins en apparence, de notre règle. Examinons d'abord les lois de Pomponius et de Paul. — Pomponius assimile l'hérédité d'un homme vivant à celle d'un homme qui n'a jamais existé, pour annuler la vente, comme contraire à la nature des choses. Paul, dans la loi 7, ajoute : *esse debet hereditas, ut sit emptio.* Evidemment, une *hereditas* d'un homme vivant n'existe pas d'ores et déjà ; ce ne peut être qu'une *res sperata*. Mais Paul paraît lui enlever même ce caractère, au point de la vue de la validité du contrat. Il la distingue de la vente d'un coup de filet, en disant : *Sed res, quæ si non est, non contrahitur emptio.*

Pourquoi ne pas admettre la vente d'une hérédité future, comme celle de toute chose future ? L'objet serait-il donc plus incertain, parce qu'il s'agirait d'une hérédité ? M. Accarias (tome II de la 3^e édition de son *Traité de droit romain*, p. 239, note 2), croit, en effet, cette décision fondée sur la trop grande incertitude de l'objet. « Cette succession existera-t-elle à l'égard de celui qui dispose ? et si oui, que contiendra-t-elle ? Voilà ce qui n'est pas certain ; car, l'héritier présomptif peut être

exclu par un testament, et dans tous les cas, il peut mourir avant la personne dont la succession est en jeu ». D'accord ; mais enfin ceci n'est qu'un des degrés de l'incertitude, et l'ignorance où l'on est des choses de l'avenir peut en présenter bien d'autres, pour une chose future quelconque. Est-ce suffisant, pour enlever aux parties la liberté de leurs conventions ? Du reste, comment comprendre alors qu'on permette la validité de la vente *si qua sit hereditas, esto tibi empti* ? L'incertitude, ici, dépasse de beaucoup celle qu'on voulait éviter tout à l'heure. Mais, c'est l'affaire des parties. Aussi, la loi 11, D., XVIII, 4 admet-elle cette vente comme *emptio spei*. La vente est aléatoire. La vente de l'hérédité envisagée comme *res sperata*, choquerait moins encore, le contrat étant plus sérieux. Nous ne pouvons donc admettre que telle soit la signification du texte de Pomponius, qui, du reste, ne statue que sur le cas particulier d'une vente. M. Accarias semble supposer que, dans l'espèce de la loi 1, chacune des parties connaît l'état des choses, et M. Troplong est plus net encore en ce sens (*Vente*, n° 247). Mais, le rapprochement même fait par Pomponius avec une hypothèse totalement différente, la nullité faute d'objet, nous prouve que tel n'est pas son point de vue. Il faut donc trouver une circonstance extrinsèque, commune aux deux situations, qui explique cette assimilation, étrange au premier abord dans la bouche d'un jurisconsulte. Cette circonstance, nous croyons la trouver dans le fait, que l'acheteur ignore l'existence du *de cuius* : le contrat, dans les deux cas, est inexistant, comme entaché d'une erreur substantielle ;

a-t-on contracté sur l'hérédité d'une personne qui n'a jamais existé, et de bonne foi ? Il y a erreur sur l'existence de l'objet. Non moins substantielle est l'erreur dans notre espèce ; car, elle porte sur la nature du contrat. C'est toujours une vente ; mais je la croyais commutative ; elle n'est qu'aléatoire. Le contrat est totalement différent ; il n'y a rien de fait (l. 18, pr. et 1, D., XII, 1).

En notre matière, les Romains annulent même un acte unilatéral fait dans l'incertitude de la vie du *de cuius* (ll. 19 ; 32, D., XXIX, 2).

Pour nous, le *seul* motif est *celui* que donne Justinien dans la loi 30, C. II, 3 : il s'agit de moralité et d'honnêteté, et ce qui le démontre, c'est la nature de la sanction attachée à la violation de ces principes : non seulement le contrat est nul, mais, si on l'a passé sans l'assentiment du *de cuius*, le contractant est écarté de sa succession comme indigne (l. 2, § 3, D., XXXIV, 9). On le considère comme ayant commis envers son auteur une offense, qui, en même temps, est un outrage aux bonnes mœurs. A l'époque classique, au surplus, l'on avait à se tenir en garde contre les hérédipètes, dont la coupable industrie allait croissant, au témoignage de Pétrone, dans son *Satyricon*, 16, et de Pline l'Ancien, XIV, 1.

Enfin si la doctrine de M. Accarias est exacte, comment admettre qu'on pût contracter sur la succession d'un homme vivant, de son consentement, comme cela se pratiquait déjà avant Justinien, et valablement, au dire de cet empereur ? Ce consentement enlevait-il quelque chose à l'incertain de la convention ? Non. L'*herus*₂

était toujours maître de tester, d'étendre ou de diminuer son patrimoine. L'aléa de la convention, prévue par les lois de Paul et de Pomponius, n'est donc pour rien dans la nullité, et ces textes doivent être laissés de côté pour l'exposé de notre théorie.

Il y a un certain intérêt pratique à prendre parti dans ce débat : si l'on admettait exclusivement ou principalement comme motif, l'incertitude d'objet, il faudrait admettre la validité des pactes sur succession future, quand ils n'ont trait qu'à un bien particulier de la succession ; car, son existence, en tant qu'objet individuel, est certaine ; or, nous repousserons cette manière de voir.

§ 2. — *Engagements pris par une personne, relativement à sa propre succession.*

Le principe se trouve formulé dans la loi 34 C. de *transactionibus*, II, 4 : *nec ad implendum promissum hereditatis propriæ pollicitatione quisquam astringitur*. L'atteinte à la liberté des conventions est ici, semble-t-il, plus exorbitante. Dans l'hypothèse précédente, on pouvait reprocher aux parties, de se mêler d'affaires qui n'étaient pas les leurs, et leur dire : *Si vultur es, cadaver expecta*. Maintenant, l'on me lie les mains, quant à mon propre patrimoine. Cependant, tout bien considéré, si la loi peut se justifier, c'est surtout ici. Sans parler de l'industrie des captateurs de succession, fort à craindre déjà au temps d'Horace, voir l. 2, sat. V, 24,

captes astutus ubique
Testamenta senum,

ou, plus généralement, des diverses atteintes que pouvait porter à la morale cette sorte d'arrangements, bien rarement spontanés de la part du *de cuius*, deux raisons décisives venaient s'ajouter à celles précédemment exposées. La liberté de tester, avons-nous dit en commençant cette étude, est chose inaliénable aux yeux des Romains : *neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre pactum*, décide la loi 15, C. II, 3, à propos d'une promesse d'égalité. Ce motif, à la vérité, se trouve plus apparent que réel. Quant à l'émolument de la succession, en effet, rien n'empêche le père de s'interdire toute disposition, en faisant de tous ses biens donation entre-vifs, avec réserve d'usufruit. Quoique le cas dût être infiniment plus rare, on peut supposer une personne, procédant par série de promesses solennelles *cum moriar*, à l'entier épuisement de sa fortune, pour le jour où ses héritiers viendront la réclamer.

Cependant, nul doute que cette idée n'ait exercé une grande influence sur le législateur romain, plein de respect pour l'*ultima voluntas* des pères de famille ; la loi 22 pr., D. XXXII, *De legatis* III, en est un exemple frappant : on ne peut prendre ses précautions contre son propre entraînement, même dans un testament, et, cependant, c'est là un acte révocable, vu par la loi avec une grande faveur. Ainsi s'expliquent les rigueurs des lois 15, C. II, 3 et 5, C. V, 14 : elles annulent deux promesses de succession, qui se présentaient cependant sous un jour très favorable, la promesse d'égalité, et la promesse par contrat de mariage, reconnues chez nous. Ainsi s'explique que les parties ne puissent atteindre

leur but, même par une convention déclarée d'avance révocable. Pour justifier cette rigueur, point n'est besoin d'invoquer, comme le fait Doneau sur la loi 15, C, II, 3, une prétendue application de la règle catonienne, dont on ne voit pas la place en notre matière !

Ces décisions se déduisent aisément de l'idée que nous venons d'exposer, et plus encore de celle qu'il nous reste à examiner, et qui est véritablement essentielle, fondement de toute la théorie : nous voulons parler de l'origine du testament romain.

Que voyons-nous, en effet, dans la loi des XII Tables, table V, 3 (Bruns) ? : *uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto*. Ulpien rappelle cette origine dans la loi 130, D., I, 16 : *Leges obvenire hereditatem non impropriè quis dixerit, et eam quæ testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*. Le testament était une loi, dans l'opinion générale ; il est resté une institution de droit public, en quelque sorte, et *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (l. 38, D., II, 14). Du reste, comme nous l'avons fait remarquer au début, il serait puéril d'autoriser ces conventions en dehors du testament ; l'arbitraire de chacun ne tarderait pas à se substituer aux formes légales ; ce serait introduire dans la pratique un chaos inextricable, sans parler de la famille, dont la loi a voulu sauvegarder les intérêts, et qui serait livrée sans merci au caprice d'un instant. Seulement, les Romains, ici comme en toutes choses, ont poussé la rigueur à ses dernières limites, sans se laisser fléchir par

l'idée d'équité, fondement des promesses d'égalité, et souvent des contrats de mariage.

§ 3. — *Des renonciations à succession future.*

Les textes ne se prononcent que sur des pactes de renonciation entre membres de la famille, et les uns, comme Paul, justifient leur solution en disant (*Sent.*, IV, 5, 8) : *meritis enim liberos magis quàm pactionibus adstringi placuit* ; d'autres, comme Papinien, (l. 16, D., XXXVIII, 16 : *Privatorum enim cautionem legum auctoritate non ceneri*).

Avant d'approfondir, mentionnons une opinion émise par Dumoulin, t. II, p. 848, d'après laquelle il faudrait prendre le texte littéralement, et admettre les renonciations anticipées de succession en dehors du cercle de la famille. Cette opinion raisonne ainsi : le droit commun est la liberté ; or, nous ne voyons la loi s'opposer qu'à des conventions positives sur succession anticipée ; donc, les conventions négatives, c'est-à-dire les renonciations, doivent rester permises. Du reste, elles sont beaucoup moins odieuses. On n'a pas à craindre de *voluntatem mortis* ; des personnes, devenues étrangères à une succession, n'ont plus d'intérêt à souhaiter la mort du propriétaire.

Cette opinion, si elle n'est pas directement contredite par les textes, sans quoi elle ne se fût pas fait jour, est cependant incompatible avec eux. La loi 18, D., XXIX, 2, de Paul, déclare impossible la répudiation d'un droit, quand l'acquisition l'est elle-même ; et Paul nous le ré-

pète encore dans la loi 174, § 1, D., L., 17 : *quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest*. Pour ce qui est du *votum mortis*, il est à craindre, même dans une renonciation ; car, une renonciation, si elle fait perdre à l'un ses droits, les fait acquérir à un autre, en espérance du moins. D'ailleurs, il n'est pas prouvé, que ce *votum mortis*, mis en avant par Justinien, soit la seule raison morale à invoquer dans la matière ; nous en avons vu exposer une autre : « Il vaut mieux, disent les jurisconsultes, mériter le respect de ses enfants par sa conduite, que de le forcer par des pactes ». Enfin, pourquoi justement se montrer rigoureux pour les cas les plus dignes d'intérêt ? On comprend infiniment mieux de tels accords au sein de la famille ; c'est là qu'ils peuvent trouver leur légitimité. Que signifie, au contraire, l'intervention d'étrangers ? Il s'y mêle nécessairement de la spéculation ; s'il y avait une présomption à poser, elle serait plutôt au sens inverse de l'opinion de Dumoulin. Ce raisonnement nous explique pourquoi les sources romaines n'envisagent que des renonciations des membres de la famille ; elles devraient être de beaucoup les plus pratiques.

Nous avons, en réfutant la doctrine de Dumoulin, simplifié notre tâche, en ce qui touche la cause de la prohibition des renonciations. Sur le motif de morale, nous n'avons rien à ajouter. Le motif d'*auctoritas legum* nous paraît s'appliquer surtout à certains cas particuliers, dont nous traiterons dans un instant ; il s'agit de certaines institutions, telles que la Quarte Falcidie et la légitime, qu'on devait tenter fréquemment d'éluder,

en s'assurant par avance de l'inaction des intéressés.

Si l'on veut une raison plus générale, il faut dire que la règle serait absolument incomplète, si l'on autorisait les renonciations, tout en défendant les autres contrats sur successions à venir ; rien ne serait plus simple que de déguiser l'acte sous le nom de répudiation. La loi, ici, pour se faire respecter, a besoin de prévoir toutes les fraudes, qu'on pourrait inventer, en vue d'atteindre le but voulu, tout en en respectant la lettre.

Nous ajouterons enfin une raison de pure forme, mais qui a son importance dans une législation formaliste : les textes nous y autorisent du reste. La loi de concorde des formes résisterait à ce qu'un acte pût être accompli en des occurrences, où *l'actus contrarius* ne serait pas admis. Que la succession doive être en définitive acceptée ou répudiée, la délation préalable est, de toutes manières, nécessaire, ou, au moins, le décès du *de cujus*.

Il nous reste à examiner certaines renonciations dont nous avons touché un mot tout à l'heure : nous voulons parler du désistement prématuré de la *querela*, ou de l'abandon de la *Falcidie*. Tout le monde admet la nullité de semblables actes ; cette solution résulte, sans contredit, des Sentences de Paul, livre IV, titre V, §§ 7 et 8, de la l. 16, D., XXXVIII, 16, et de la l. 3, C., VI, 20. Un texte d'Ulpien, 25, pr., D., *de hereditatis petitione*, V, 2, lui semble cependant défavorable (voir M. Accarias, t. I, 4^e édition, p. 957, texte et note 1). Mais, nous pensons, avec notre éminent maître, M. Labbé (*De la manière de calculer la Réserve*, p. 19, n. 1), que le jurisconsulte ne va pas jusque-là. Il suppose une donation

entre-vifs, avec clause d'imputation sur la Quarte ; cela ressort des expressions qu'il emploie, *hâc tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitrato repleatur.*

Maintenant, admettrait-il aussi une renonciation à la *querela*, quelque minime que fût la donation et le légitimaire dût-il être réduit définitivement à sa légitime ? C'est ce que nous ne pouvons déduire de son texte, d'autant plus que son *potest dici* décèle une certaine hésitation dans sa pensée. Justinien, il est vrai, rappelle dans la loi 35, C., III, 28, une ancienne controverse sur la question : Ce qu'on peut tirer de son affirmation, c'est que cette controverse a peut-être existé, mais qu'il n'en est pas resté trace au Digeste.

Si la question de renonciation ne fait aucun doute, il existe, par contre, certaines dissidences au sujet de la validité des clauses d'imputation de donations entre-vifs sur la légitime. Cette validité est reconnue par Ulpien dans le texte précité, malgré ce que peuvent avoir d'incertain les mots *potest dici*, dont il se sert. Il faut savoir que, si les donations *mortis causâ* s'imputent de plein droit sur la légitime, la même faveur est refusée à toute donation entre-vifs avant Zénon. Ce prince en excepte quelques-unes, notamment la dot, et Justinien augmenta encore les exceptions. Cette règle est, sans doute, corrélative à celle qui interdit, pour le calcul de la légitime, l'addition à la masse des biens donnés à des étrangers ; on ne voulait pas que le légitimaire fût plus durement traité qu'un étranger ; or, ce n'est point là évidemment une raison d'ordre public, et, le fût-elle, elle disparut

avec le rescrit d'Alexandre-Sévère, créant la théorie des donations inofficieuses, tout en maintenant l'ancienne règle de la non-imputation sur la légitime.

Ce que la loi ne faisait pas, était-il loisible au particulier de le faire à sa place ? Nous penchons pour l'affirmative avec M. Labbé (*Dissertation sur le calcul de la Réserve*, p. 19, n. 1). Nous nous fondons sur le texte d'Ulpien, l. 25, pr., D., V, 2. On nous oppose, à la vérité, les textes de Paul, *Sent.*, IV, 5, 8, de Papinien, l. 16, D., XXXVIII, 16, d'Alexandre-Sévère, l. 3, C., VI, 20, et de Justinien, l. 35, § 1, C., VI, 20 ; mais, pour nous, ils ne traitent que des renonciations véritables au droit d'attaquer le testament. Prenons, par exemple, le texte de Papinien : *filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret*. Que la fille ait, ou non, sa Quarte, elle n'a plus rien à espérer. Valider cet acte eût été porter un coup mortel à l'institution de la *querela*.

Bien différente est l'espèce d'Ulpien. L'enfant aura ce qu'a voulu lui assurer la loi ; on veut seulement qu'il n'obtienne rien de plus, stipulation permise par la loi.

Reste alors une objection sur les circonstances qui entourent cet acte, et qui paraissent en faire un pacte sur succession future ; mais, c'est ici, que nous pourrions nous servir de l'argument de Dumoulin, qu'il n'y a pas de théorie d'ensemble sur les renonciations à succession future. Les motifs, sur lesquels nous nous appuyions pour le réfuter, n'existent plus ; il ne s'agit pas d'une répudiation proprement dite ; la forme et les textes que nous avons invoqués pour la concordance entre l'acte positif et l'acte négatif sont respectés. Il n'y a pas de

fraude à la loi, puisque celle-ci permet de réduire le légitimaire à un quart ; enfin la clause n'est ni immorale ni lésionnaire au point de vue législatif. Il n'y a qu'une simple combinaison de la donation entre-vifs et de la donation à cause de mort (quant à la légitime), qui doit être admise, aucun texte ne la prohibant. Si Ulpien emploie des expressions un peu incertaines, ce peut être par suite d'un dissentiment avec d'autres jurisconsultes, plus rigoristes dans leur interprétation, mais que nous nous refusons à reconnaître dans les textes, mis en avant par l'opinion contraire.

La renonciation à la Falcidie est également interdite par avance (l. 15, § 1, D., XXXV, 2). Il y a ici un *à fortiori* à tirer des solutions précédentes, car, l'héritier, pour être écarté de la Falcidie, doit avoir eu sa Quarte, non seulement *mortis causâ*, mais encore à titre d'institution d'héritier.

CHAPITRE II

PORTÉE DE LA PROHIBITION.

Nous devons d'abord examiner à quelles conditions un pacte peut être dit « sur succession future », et nous croyons qu'il faut la réunion des quatre suivantes : 1° que le pacte soit fait en prévision d'une succession future ; 2° qu'il porte sur tout ou partie de cette succession ; 3° que le bénéficiaire doive en profiter à titre successif ; 4° enfin que l'hérédité dont s'agit n'ait pas un caractère aléatoire.

La 1^{re} de ces conditions ne nous arrêtera pas longtemps ; elle est évidente. L'on peut donner entre-vifs tout ce que l'on possède, sauf les droits des réservataires, du moment, que l'on n'agit pas, plus ou moins ouvertement, en vue du décès. Nous avons même admis, ce qui est déjà plus délicat, que la clause d'imputation sur la légitime était valable, bien qu'il entrât dans cet accord un certain élément d'acte à cause de mort.

Il faut, outre cela, que l'on traite sur tout ou partie de la succession. Le seul fait d'envisager, dans un contrat, l'époque de la mort de quelqu'un, ne peut être une cause d'invalidation ; un grand nombre de conventions présentent ce caractère. Sans doute, si le motif exposé par Justinien comme justification de sa constitution 30, C., II, 3 et des lois antérieures, était exact, il faudrait interdire tout accord de ce genre, qui renferme en lui-même un *co-*

tum mortis ; mais nous avons dit, que l'immoralité des pactes sur succession future ne tient pas exclusivement au *votum mortis* ; il n'est pas besoin de craindre la mort d'un homme pour déclarer contraire aux bonnes mœurs une convention dont le nom seul met à nu l'âpreté des parties.

On peut ranger aussi sous la dénomination de raisons morales les motifs de convenances familiales et de respect envers les parents, ainsi que les craintes de lésion. — Rien de semblable n'apparaît dans des accords, ainsi conçus : « Je vous promets tant, si vous survivez à un tel ; vous m'en promettez cette maison pour le jour où un tel décèdera. » L'époque du décès est envisagée soit comme terme, soit comme condition ; ce n'est qu'un point de repère pour les parties, qui ne jette aucun blâme sur la convention et ne porte nulle atteinte à la liberté de tester.

Un exemple plus topique encore est la rente viagère (II. 34, C., VIII, 54 ; 1, C., VIII, 55), qui semble plus dangereuse, puisque c'est le décès de l'une des parties, qui doit profiter à l'autre, et cependant, elle est admise dans la législation romaine. Nous pouvons donc conclure que, du moment que l'on n'a rien stipulé ou promis de sa succession, on peut impunément subordonner une convention au décès d'une personne quelconque.

Supposons qu'on ait traité en vue de l'ouverture d'une succession, et que l'on ait stipulé ou promis tel objet du patrimoine du *de cujus* pour cette époque ; en d'autres termes, l'exécution d'une promesse d'un corps certain a été reportée à l'époque du décès. Ou bien encore,

ce qui est plus caractéristique, je vous ai transféré la propriété *ex die*, et ce *dies* est le jour de ma mort. Cette translation de propriété peut parfaitement s'opérer ainsi, au moins par quelques-uns des modes de transfert, tels que la tradition ; car, le terme et la convention suspensifs sont tous deux possibles en matière de tradition ; or, notre espèce ne présente autre chose que le terme incertain, intermédiaire entre le *dies certus* et la *conditio*. La stipulation d'un objet pour le moment du décès est également valable sous certaines formes : *quum morieris*, *quum moriar*, *post mortem alterius*. Justinien étendit cette faveur à toutes stipulations de ce genre, quelle que fût la formule employée. Enfin, nous voyons admise, en Droit romain, la clause de retour en matière de donation (ll. 2, C, VIII, 55 ; 42, D. XXXIX, 6, *De donationibus mortis causâ*).

C'est que, dans toutes ces hypothèses, la partie avantagée ne vient pas véritablement à titre successif ; en parlant ainsi, nous entendons distinguer, d'une part, tous les actes, qui n'interviennent jamais qu'en prévision d'un décès, et ceux qui ne sont qu'accidentellement utilisés *mortis causâ*. D'habitude, une stipulation trouve son principal emploi dans la création d'une obligation. La stipulation *quum moriar* tend à ce but, mais, dans un cas particulier ; on a fait naître une obligation ; seulement, l'exécution en a été reportée au décès d'une des parties ou d'un tiers.

De même, on admet qu'un vendeur, par une clause annexée au contrat, peut obliger l'acheteur, à lui retransférer la propriété au jour de sa mort. Ce pacte ne rendra

en rien le vendeur héritier de l'acheteur, quant à ce bien ; c'était sa propriété ; il en a retenu quelque chose ; aucun lien successoral n'existera entre le vendeur et lui. A plus forte raison doit-on l'admettre pour le donateur, qu'il est encore plus naturel de voir rentrer dans ses biens, puisqu'il n'a rien reçu.

Voyons, au contraire, l'hypothèse d'un partage. On se distribue les biens d'un vivant, avec ou sans son consentement ; ou plutôt par un pacte quelconque ou une série de stipulations, qui se présentent intimement liées entre elles, on décide de procéder au partage de telle ou telle manière, quand le moment en sera venu. Cet acte, ne contient-il pas la mention du décès, ne peut s'expliquer qu'entre héritiers présomptifs ; c'est un *negotium juris*, intimement lié à une délation d'hérédité, dont il est la suite indispensable. Point n'est besoin même qu'on y ait traité du patrimoine en bloc.

Nous donnerions la même solution pour un pacte fait sur un objet unique, s'il présente les caractères sus-indiqués. Une succession peut ne se composer que d'un seul domaine, peut-être très étendu, et il serait dérisoire d'en permettre la disposition à cause de mort autrement que par testament ou donation *mortis causâ*, sous prétexte qu'il s'agirait d'un objet isolé. Les raisons qui ont fait proscrire les traités sur la succession d'un vivant, se retrouvent ici.

Nous allons maintenant passer en revue quelques applications de cette idée.

Le type, par excellence, du contrat successif est l'institution d'héritier par convention, ce qu'on appelle aujourd'hui

d'hui, comme dans l'ancien droit, une institution contractuelle. Aucune difficulté : le contrat est privé de tout effet par la loi 5, C., V, 14, qui s'applique au moins à cette hypothèse. On a cependant voulu voir, l'origine de nos institutions contractuelles dans la constitution 19, C., II, 3 ; ce serait une exception introduite en faveur des militaires, exception qui serait annoncée par les mots : *licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potitur, ne donationis quidem mortis causâ gestæ efficaciter speciem ostendat*. Cette phrase semble, en effet, présenter une exception. Mais pour se convaincre qu'il n'y a dans ce texte qu'une consécration du droit commun, il suffit de remarquer, d'une part, que la constitution suppose un acte révocable *ad nutum* ; d'autre part, que le testament militaire est dispensé de toutes formes (l. 5, C., *de test. militis* ; l. 35, C., VI, 21). Dans ces conditions, que reste-il de spécial à l'hypothèse de la constitution 19 ? On y voit relever certaines particularités, mais qui n'ont aucune influence juridique. Un acte révocable entre militaires n'est autre qu'un testament, s'il dispose *mortis causâ*.

Si l'on est d'accord au sujet de l'institution contractuelle, les controverses commencent aussitôt qu'il s'agit de la donation de biens à venir proprement dite, acte bien voisin du précédent mais qui ne fait pas du gratifié un héritier. Le gratifié est bien tenu des dettes, mais parce que les dettes d'une universalité suivent l'actif. L'héritier, à supposer qu'un testament postérieur en ait institué un, n'est pas réduit à un titre nu. On peut,

en effet, imaginer une donation de biens à venir faite sous la condition de survie du donataire ; traitée alors comme donation *mortis causâ*, elle sera réduite au profit de l'héritier, de par la loi Falcidie (5, C. VI, 50). La liberté de tester est donc respectée.

Mais pouvons-nous, sur cette considération, permettre la donation de biens à venir ? Revenons à notre *criterium*. Une libéralité entre-vifs est déjà un acte exceptionnel, vu d'un assez mauvais œil par le législateur. Si elle peut s'expliquer parfois par des motifs très respectables, tels, par exemple, que le désir d'assurer l'existence d'un parent malheureux, ou de récompenser des services rendus, il faut y voir tout autre chose, si, non content de donner ce que l'on a, on dispose encore de tout ce que l'on aura par la suite. L'intention, ici, se révèle dans l'acte même ; on veut s'assurer dès maintenant un héritier ; l'acte accompli, on n'est pas mis, il est vrai, dans l'impossibilité d'en nommer un autre ; mais en dépit de l'argument qu'on a fait valoir en sens contraire, ce ne sera qu'un héritier platonique. Pourquoi supposer la donation faite sous condition de prédécès ? Ceci est l'affaire du disposant. Il suffit que le danger puisse exister, pour que le législateur intervienne ; on ne peut tolérer, qu'un simple changement d'étiquette donne vie et force à un acte réprouvé par la loi ; qu'on l'ait appelée ou non institution contractuelle, la donation sera nulle.

Les anciens commentateurs (Barthole, sur l. 91, § 6, D., 30 ; Paul de Castres ; Faber, *de erroribus*, década 48, error VI, 5) permettent la donation de biens présents et à venir, et admettent comme telle la convention : *dono*

tibi hereditatem meam. Ces auteurs refusent de voir dans les expressions de la loi 5, C., V, 14, la consécration de notre théorie. Ils argumentent des mots *hereditas extraneis*, etc., ainsi que de ceux *vice testamenti* de ce texte. Mais, *hereditas* est seulement une expression plus simple, pour désigner les biens laissés après la mort ; le texte ne parle, en effet, dans la suite, que de biens laissés au décès, et non d'hérédité proprement dite. Les mots *vice testamenti* sont loin d'être concluants, un testament pouvant renfermer bien d'autres choses que des institutions d'héritier. Du reste, le commencement de la loi 19, C. II, 3, paraît bien viser une simple donation de biens à venir, et c'est pour l'interdire. On nous oppose la loi 35, C., VIII, 54. Mais il n'est pas certain, que l'universalité, dont elle parle, comprenne les biens à venir, vu les mots *coarctari donatorem præstare*, qui indiquent une donation, faite du vivant du *de cujus*. On objecte encore, que l'héritier testamentaire pourrait consentir à accepter la succession et à remettre ensuite les biens au donataire ; mais, on trouve difficilement quelqu'un pour courir les chances d'une semblable acceptation ; d'ailleurs, la règle ne serait nullement satisfaite, l'héritier étant ainsi réduit au rôle d'exécuteur testamentaire.

Un autre système réduit la donation aux biens présents, si elle est faite cumulativement de biens présents et à venir. Mais, on dénature ainsi complètement la volonté du donateur, car cet acte, la donation de biens présents, diffère essentiellement de la donation cumulative.

M. de Savigny (*Traité de droit romain*, t. IV, 147) admet, tout en rejetant la donation de biens à venir, celle qui ne porte que sur une quote-part des biens présents et à venir, parce que, pour la partie réservée, il existe une véritable succession. L'atteinte à la liberté du testateur est moindre sans doute, mais elle existe ; un pacte revêt le caractère successoral d'après sa nature, et non d'après son étendue. Nous ne distinguons pas, s'il n'a trait qu'à un ou plusieurs objets, ou s'il embrasse l'universalité.

Mentionnons enfin, pour terminer sur cette question, l'opinion de Cujas, t. IV, c. 1348 (de même Laurière). D'après Cujas, la donation de biens à venir serait nulle, quand elle ne peut se parfaire que par tradition, c'est-à-dire avant Justinien. Mais, même sous Justinien, la tradition est nécessaire. Seulement, la convention de donation emporte nécessité d'exécuter. Remarquons, d'autre part, que la donation se forme aussi bien par voie de promesse que de dation, et qu'ainsi elle peut parfaitement comprendre les choses futures ; si nous ne l'admettons pas ici, c'est par des considérations d'une toute autre nature, que nous avons énumérées.

Une application de notre idée apparaît encore dans la convention d'hypothèque de biens à venir. L'hypothèque générale conventionnelle est permise à Rome, et à l'origine, dans la constitution universelle de biens en hypothèque, on avait l'habitude de convenir expressément que les biens à venir en seraient frappés (ll. 15, § 1 ; 34, § 2, D., XX, 1 ; l. 21, D. XX, 4). Justinien (l. 9, C., VIII, 17) déclare cette mention des biens à venir complètement

inutile. — Pour nous il n'y a pas véritable exception à la prohibition, comme on le dit souvent ; le rôle de l'hypothèque étant naturellement de compléter l'obligation, de lui servir de garantie, la personne, qui stipule l'engagement de tous les biens, présents et à venir, de son débiteur, ne fait qu'acte de créancier prudent, et ne se comporte nullement comme successible futur. — Il est bien entendu, que, partout, nous réservons les cas de fraude, ce qui n'a, du reste, aucun rapport avec notre sujet.

Il nous reste à dire quelques mots de la clause de prorogation de société, au delà du décès d'un des associés. La société, étant présumée contractée *intuitu personæ*, se dissout par la mort d'un seul des associés (l. 65, § 9, D., XVII, 2) ; la clause contraire est cependant admise (même passage) ; mais on ne peut stipuler que la société se continuera entre les survivants et les héritiers du prédécédé (ll. 35, 65, § 9 ; 52 pr. ; 52, § 9, D., XVII, 2), si ce n'est dans les sociétés de publicains (l. 59, pr., D., XVII, 2), et encore avec des restrictions. M. Accarias (*Traité de droit Romain*, 3^e édition, t. II, p. 521) estime que l'on écarte cette clause en raison de *l'intuitus personæ* ; les héritiers, étant inconnus, n'ont pu, à l'origine, avoir la confiance des parties. Mais les textes ne distinguent pas. Il en serait exactement de même, si l'on désignait nommément le seul et unique héritier présumptif. Le vrai motif nous est donné par la loi 52, § 9, D. XVII, 2 : nous distinguons, avec M. Molitor (*Traité des obligations*, tome II, § 673, p. 56 et suiv.) : 1^o ou bien les héritiers ne sont pas nommés, et il y a nullité pour

incertitude ; ou bien, on en a nommé quelques-uns séparément, et la nullité tient à la prohibition des pactes successoires. On ne peut, dit le texte (52, § 9, D., XVII, 2) restreindre la liberté de tester, ni préférer un cognat plus éloigné à un plus proche ; ce serait désigner, quant à sa part sociale, un héritier par contrat. Quand même l'acte désignerait tous les héritiers présomptifs, il serait restrictif de la liberté de tester, comme établissant un ordre successif par acte irrévocable. On ne peut adresser le même reproche à la convention qui établit la société entre une personne, et une autre et ses héritiers. Mais, la nullité tient alors à des raisons spéciales au contrat de société.

Nous arrivons ainsi à la quatrième et dernière de nos conditions : l'hérédité ne doit pas présenter un caractère aléatoire. Dès qu'il y a incertitude sur l'existence future de l'hérédité, il n'y a plus qu'un contrat de *spes*, qu'admettent les Romains. — La règle est posée par Ulpien dans la loi 11, D., XVIII, 1 : *nam hoc modo admittitur esse venditionem : si qua sit hereditas, esto tibi empti et quasi spes hereditatis. Ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus*. Les effets de cette vente seront ceux d'une *emptio spei* ordinaire. La vente tiendra et sera exécutée, quand même, à l'époque désignée, le promettant ne serait appelé à aucune succession, pourvu qu'aucune faute ne puisse lui être imputée ; l'acheteur supportera les risques de l'affaire, et le vendeur gardera la contre-prestation (ll. 10 ; 11 ; 12, D., XVIII, 4).

Cependant, l'on n'est pas d'accord sur l'extension de cette loi. Faut-il admettre, par suite d'une idée analogue,

un contrat portant sur plusieurs successions, mais indéterminées, en sorte que l'acte est bien celui que prévoit notre texte, mais plus étendu ? On l'a nié, disant que la multiplicité des successions ne fait qu'accroître le danger ; car, en réalité, l'on sait toujours très bien de qui on doit hériter. Mais, est-il donc impossible de trouver une véritable convention aléatoire dans l'espèce qui nous occupe ? Cela pourra se présenter, et nous sommes dès lors autorisés par la loi 11, à valider ces ventes. Si l'aléa ne sert qu'à masquer un pacte sur succession future, il n'en sera pas tenu compte, et l'on respectera ainsi l'intégrité de la règle. L'objection s'adresserait aussi bien à l'espèce de la loi 11, et le jurisconsulte passe outre, cependant. Nous ne nous servons pas de l'argument, invoqué par Doneau dans son commentaire de la loi 30, C. II, 3, il tire parti des mots : *Si ille mortuus fuerit*. Nous croyons, en effet, outre qu'il n'y a là qu'un bien faible argument de texte, que ces mots laisseraient de côté des cas, certainement compris dans la règle. Si je traite sur plusieurs successions, mais, déterminées, il ne paraît pas que la multiplicité d'hérités doive être une cause de faveur ; au contraire. Personne ne le soutient, pas plus qu'Ulpien dans la loi 11. Nous n'argumenterons pas non plus des lois 3, § 2 et 73, pr., D., *pro socio*, XVII, 2 ; ces deux lois permettent de comprendre dans la société universelle les biens qui pourront advenir aux associés par succession. Il n'y aurait là qu'une exception à la prohibition, inspirée par une idée de faveur pour les sociétés, et que rien ne nous autoriserait à étendre aux autres contrats, si d'autres raisons ne venaient indiquer,

que c'est l'application aux sociétés d'une règle générale.

Nous avons, à dessein, évité d'employer l'expression de « convention aléatoire », dans l'exposé de notre dernière condition ; c'est l'hérédité elle-même qui doit être certaine pour tomber sous l'application de la règle. De fait, nous allons rencontrer des successions incertaines quant à leur existence, et non plus quant à leur délation à telle ou telle personne. Nous allons voir autoriser des pactes sur ces hérédités, même avant leur ouverture. Prenons la constitution de Sévère et Caracalla, qui se trouve en tête du titre de *Pactis* au Code (1, C., II, 3) : *conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum à patre tuo profitearis, ut, si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontini restitueret: pactum eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando. Cum liberos Philinus non sustulerit, interpositum, non idcirco potest cuiquam videri, quod factū (sicut placuit) divisione diem suum, te filio ejus supersite, functus esset.* Certains auteurs (Cujas, ad 1, C., II, 3; Pothier, *Obl.*, 132; Ricard, dans son *Traité des substitutions*) soutiennent que, dans une substitution, le substitué, recevant de l'instituant et non du grevé, peut, du vivant de ce dernier, traiter sur les biens compris dans la substitution ; qu'il y a là deux hérédités distinctes ; enfin que la substitution ou le fidéicommiss n'est pas une succession future, mais une dette dont on est tenu après la mort envers les appelés, quand on a charge de restitution. On s'appuie sur la loi 22, D., XVIII, 4. Il s'agit de la vente par le substitué, des biens compris dans une institution

d'héritier, suivie de substitution pupillaire. On se demande, si cette vente comprend aussi les biens de l'impubère et le jurisconsulte Pomponius répond par la négative parce que l'hérédité du testateur et celle de l'impubère sont distinctes, bien qu'il n'y ait qu'un testament. Le texte termine par ces mots : *planè si hoc actum est, dicendum erit etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si jam delata impuberis hereditate venierit hereditas*. On en tire que, du vivant même de l'impubère, on pourrait traiter de sa propre hérédité, donc à plus forte raison de celle à restituer ; on argumente des mots *maxime si jam delata*, etc.

Pour écarter ce raisonnement, nous n'avons qu'à chercher des hypothèses, où le grevé soit mort, sans qu'il y ait encore délation. Or, le cas se présente pour une institution ou une substitution conditionnelle ; la délation ne s'accomplit alors qu'au jour de l'avènement de la condition. On peut supposer la vente faite, dans l'espèce, *pendente conditione*. Sans doute, il y a deux hérédités ; mais, enfin, il faut attendre la mort du grevé, pour jouir des biens de l'instituant, et ces biens, en fait, composeront très souvent tout son patrimoine. Par suite, le danger de ces conventions existe ; du reste il y a là plus qu'une dette, puisque les textes qualifient d'*hereditas* l'ensemble des biens à restituer. Enfin la loi 5, §12, D., XXXVI, 4, interdit la *missio in possessionem* du légataire, ou la *satisfactio* à fournir en sa faveur par le substitué, tant que vit l'impubère ; la *satisfactio* serait véritablement un pacte sur la succession future d'un impubère. Il n'est pas plus louable de trafiquer de son vivant sur ce qu'il doit lais-

ser, que durant la vie du testateur lui-même. Aussi, la loi prohibe-t-elle l'un et l'autre. Mais le cas de la loi 1, C., II, 3, présente certaines particularités, qui expliquent la décision donnée. Un père a grevé l'un de ses fils d'un fidéicommiss conditionnel envers l'autre : il doit restituer sa moitié d'hérédité, s'il prédécède sans postérité. Pour mettre fin à l'incertitude de la situation, le grevé convient avec son frère de lui laisser dès maintenant le sixième de la succession, en échange de l'abandon des deux autres sixièmes. La convention tiendra, et ce sixième restera à celui qui l'a reçu, lors même que le grevé aurait des enfants au moment de sa mort. L'accord, sans doute, est intervenu de son vivant. Mais, l'on ne traitait que sur une succession dont l'existence n'était pas certaine, personne ne pouvant affirmer, à ce moment, que le grevé prédécéderait sans enfants. Bien mieux, le but et l'effet de cette convention sont d'empêcher jamais cette hérédité d'exister. De par l'accord intervenu, elle est englobée dans les patrimoines respectifs des deux frères. Enfin, la morale est de leur côté ; on met fin à une situation précaire, et on rend inutile un *votum mortis*. La liberté de tester est augmentée, loin d'être atteinte, puisque chacun pourra désormais disposer d'une plus grande somme de biens, l'immobilisation des biens grevés cessant pour l'avenir. La volonté du testateur n'est pas méconnue ; car, il n'avait fait que donner un droit au fidéicommissaire, droit auquel celui-ci est libre de renoncer ; il est vrai, qu'en règle générale, on ne renonce valablement qu'à un droit déjà né ; la dérogation est suffisamment motivée par les raisons déduites tout à l'heure.

Nous trouvons un autre exemple au même titre, dans la constitution 16, où il est parlé d'un double fidéicommiss alternatif: chacun des frères a charge de restitution envers l'autre, s'il prédécède. Une hérédité s'ouvrira certainement mais on ne sait laquelle.

C'est encore d'un fidéicommiss réciproque, que nous entretient le rescrit 11, au titre *de transactionibus*, C., II, 4: ces fidéicommiss réciproques sont traités comme celui de la loi 1, C., II, 3. Cependant Paul, *Sentences*, livre I, t. IV, § 13, examinant le cas d'un fidéicommiss mutuel, défend de rien contracter à l'encontre de la volonté du défunt. Mais, ce texte peut se référer à un pacte intervenu du vivant du *de cujus* lui-même, auquel cas il y aurait certainement infraction à la prohibition, ou bien le défunt a peut-être formellement exprimé qu'on ne pouvait changer en rien ses dispositions. En tout cas, ce texte serait certainement abrogé par les décisions de la loi 16, C., *de Pactis*, et de la loi 11, C., *de transactionibus*, toutes deux bien postérieures à Paul.

Ces conditions existant dans un pacte, celui-ci tombe sous le coup de la règle prohibitive, et il est annulé, non seulement lorsqu'on a considéré l'hérédité comme l'objet principal de la convention, mais aussi, lorsqu'on a regardé l'acquisition d'une succession comme une condition, dont la défaillance entraînerait la commise d'une *stipulatio pœnæ* (l. 61, D. XLII, 1). C'est une extension de la loi, mais absolument nécessaire pour en assurer l'exacte observation.

La loi 19, C. II, 3 déclare que ces pactes ne vaudront même pas comme donations *mortis causâ*, et la loi 38, D.,

XXXIX, 6, nous en fait comprendre la raison. Bien que la donation *mortis causâ* soit, à bien des égards, traitée comme acte à cause de mort, et qu'elle ait lieu en prévision d'un décès, elle n'en reste pas moins un acte entre-vifs dans son essence ; c'est un *præsens, qui præsenti donat*. Le dépouillement du donateur est moins irrévocable que dans une donation ordinaire ; il est cependant immédiat. Le pacte sur succession future est souverainement un acte à cause de mort.

Les lois 5, C. I, 14 et 112, § 4, D. XXX, *de legatis* I, n'admettent pas le serment contre un acte qui viole l'ordre public. Cependant, certains auteurs de l'ancien droit l'ont déclaré utile dans notre matière, parce que la prohibition repose, disent-ils, sur des raisons d'ordre privé. Nous avons d'avance réfuté cette thèse au début de notre étude.

Après avoir ainsi déterminé les limites de ce qui est permis et de ce qui ne l'est pas, arrêtons-nous quelques instants sur les conséquences qu'entraîneront les infractions à ces principes.

CHAPITRE III

SANCTION DE LA PROHIBITION.

Le contrat est nul, disent les textes, et ils emploient les termes les plus énergiques : *nihil esse acti, nullius momenti sint* (L. I, D., XVIII, 4 ; l. 4, C., VIII, 39). S'agit-il d'une promesse sur sa propre succession ? Comme le bénéficiaire stipulant est nécessairement de mauvaise foi, nous n'avons pas à atténuer ce que nous venons de dire : le promettant reste libre de tester à son gré. — S'agit-il d'une renonciation anticipée ? Le renonçant pourra, au décès, venir réclamer, comme les autres, l'hérédité ou la *bonorum possessio*. A-t-il renoncé à la légitime ? Rien ne l'empêche d'intenter la *querela* s'il est dans les conditions nécessaires pour l'obtenir.

Mais, malgré les termes employés par les textes, les distinctions commencent, s'il s'agit de conventions, auxquelles le défunt est resté étranger, et qui constituent un trafic de sa succession. L'une des parties peut être de bonne foi. D'autre part, le contrat peut être un contrat *stricti juris* ou *bonæ fidei*, même un simple pacte ; car, nous n'avons pas voulu, dans notre rubrique, attacher aux mots *pactes successoraux*, un sens technique et restreint. — S'agit-il d'une donation, le donataire n'a rien à réclamer, sauf à intenter l'action *de dolo* contre le donateur, si celui-ci a commis un dol (L. 18, § 3, D., XXXIX, 5). —

A-t-on procédé par double spitulation, et le prix a-t-il été payé ? L'action *de dolo* sera encore offerte si des manœuvres frauduleuses se sont produites. Sinon, il faut encore sous-distinguer : le contrat peut n'avoir pas été exécuté, et, alors, le défendeur opposera une exception sur la poursuite ; s'il néglige de le faire, il peut, dans certains cas, avoir droit à la *restitutio in integrum* de son exception. Au cas où il aurait payé volontairement, il n'a droit à rien ; car d'une part, le contrat est de droit strict, et d'autre part, il est parfaitement valable de son côté, puisqu'il a promis simplement une somme d'argent par *stipulatio*, et que sa promesse, unilatérale, est complètement indépendante de celle de son adversaire. Peut-être y avait-il lieu cependant à une *restitutio in integrum* spéciale, le prêteur se réservant toujours le droit de l'accorder, quand elle lui paraît juste. — S'il y a eu vente (le vendeur étant de bonne ou mauvaise foi, peu importe ; car, s'il est de bonne foi, il n'en a pas moins commis une faute), et que l'acheteur soit de bonne foi, la vente reste valable (ll. 4-6, pr. ; 62, § 1 ; 70, D., XVIII, 1 ; 4, D., XI, 13), et l'acheteur aura droit, suivant les distinctions de Javolénus (l. 8, D. XVIII, 4), au paiement du prix et à des dommages-intérêts par l'action *ex empto* ; que s'il est lui-même de mauvaise foi, le contrat est complètement nul, et l'acheteur aura la *condictio indebiti*, pour répéter le prix.

Il faut ajouter que celui qui dispose de la succession d'une personne à son insu encourt l'indignité (LL. 29 ; 30, D., XXXIX, 5 ; 2, § 2, D., XXXIV, 9).

CHAPITRE IV

EXCEPTIONS A LA PROHIBITION.

Il existe d'abord une exception générale dans les lois 30, C., II, 3 ; 2, § 2, D., XXXIV, 9, qui paraît ne blâmer que les traités passés sans l'assentiment du *de cuius*. Il n'est, il est vrai, relatif qu'à l'indignité ; mais, si on le rapproche de la loi 2 au Code Théodosien, l. 2, t. 24, validant un partage, opéré entre les enfants du vivant de leur mère et de son consentement, on pourra penser, que dans certains cas au moins, le consentement de la personne intéressée validait l'acte fait en prévision de son décès. Justinien le dit lui-même dans sa constitution 30, C., II, 3, où il introduit définitivement cette exception : *quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus, non erat incognitum, licet a nobis clarius est introductum*. Dans cette loi 30, Justinien exige au moins une certaine participation, une initiative du *de cuius* dans l'acte, ainsi que l'expriment ces mots : *sciente et jubente*. De plus, le défunt doit avoir persisté dans cette volonté jusqu'à sa mort ; ce qui rend l'acte révocable par lui.

Appliquons-nous cette constitution à l'engagement, pris par quelqu'un sur sa propre succession ? Nous ne croyons pas que telle soit la pensée de Justinien. Les espèces qu'il cite en tête de sa décision, ne se réfèrent

qu'à des traités, subordonnés à la condition, *si un tel me fait son héritier*, ou *si je recueille les biens d'un tel*. Les raisons de morale ne sont plus en jeu, du moment que l'intéressé intervient ; mais, quant à promettre positivement sa succession, même dans un acte révocable, on ne peut l'admettre sous un texte formel ; car, les formes du testament, qui existaient à cette époque, seraient vite tombées dans l'oubli. On comprend, du reste, qu'on tienne le testateur en garde contre son propre entraînement, et qu'il puisse raisonnablement agir, quand il ne fait que prêter son concours à la volonté des autres.

Outre cette exception générale, nous trouvons admis certains pactes sur succession future dans des cas, où les causes de la défense n'existent plus.

Nous trouvons d'abord la loi 23, D., XVIII, 1, qui suppose la vente d'un esclave avec son pécule. Entre la vente et la mancipation, le vendeur affranchit l'esclave, soit par dol, soit conformément à une faculté, que lui a laissée la convention ; il acquiert ainsi les droits du patron par l'affranchissement et, notamment, celui de succéder à l'affranchi. Dès lors, l'action *ex empto* compètera à l'acheteur, pour obtenir une promesse de restitution de tout ce qu'il touchera dans la succession de cet affranchi. On admet cette promesse parce qu'en réalité, on crée cette succession en même temps qu'on la promet ; on évite ainsi, d'introduire une lacune dans l'émolument, que l'acheteur doit retirer de la vente : résultat très équitable, auquel la morale ne peut que souscrire. Cependant, en l'absence de textes, nous n'aurions pu l'admettre.

Des considérations de même nature justifient la solution de la loi 18, D., I, 7. Antonin avait permis l'adrogation des impubères (Ulpien, *Reg.*, VIII, 5; Gaius, I, 102). Si un impubère, lors de l'adrogation, possédait des biens, ils échappaient sans retour à sa famille naturelle. On voulut protéger celle-ci, pour le cas, où il mourrait impubère, n'ayant pu veiller lui-même aux intérêts de sa famille. Dans cette hypothèse, les biens qu'il possédait lors de son changement de famille, auxquels la loi 13, D., XXXVIII, 5, assimile ceux qu'il pourra acquérir plus tard pour le compte de l'adrogeant, reviendront à ses parents naturels; mais, on ne peut donner à ceux-ci l'action réelle; car, l'adrogeant est devenu propriétaire incommutable par le fait de l'adrogation. D'autre part, aucun lien d'obligation n'a jamais existé entre ces personnes et l'adrogeant. Antonin, au lieu de leur accorder l'action directe, se sert d'un procédé analogue aux stipulations prétoriennes. Comme on ne sait encore quels seront les héritiers de l'adrogé à son décès, on fait intervenir un *servus publicus*, regardé, pour la circonstance, comme un esclave commun à tous les citoyens, et sous Justinien, un *tabularius*. Ainsi, naîtra au profit des parents une action *ex stipulatu*, utile au décès de l'adrogé. C'est un véritable pacte anticipé de succession que cette stipulation, bien que l'on ne traite pas, à proprement parler, sur une succession, l'adrogé perdant tout droit d'en avoir une. Mais le résultat est le même, quant aux motifs qui ont inspiré l'interdiction; s'il n'y a pas de succession proprement dite, ce n'est que grâce à une règle purement artificielle de la législation ro-

maine. La dérogation, ici encore, trouve sa raison d'être dans l'équité : ceux qui recueillent, en définitive, le patrimoine de l'impubère, sont ceux à qui il devait naturellement revenir. Du reste, l'institution est récente, et l'on comprend que l'empereur ait pu se montrer plus large que l'ancien droit, dans les détails de sa réforme.

Enfin, on peut encore rapprocher des cas précédents le contrat, intervenu entre un père et son fils émancipé, dans les circonstances exposées à la loi 1, § 3, D., XXXVII, 12 ; le père émancipant son fils *contractâ fiduciâ*, a droit à la *bonorum possessio contrâ tabulas*, dans la succession de ce fils ; celui-ci, en effet, n'eût pu tester sans l'émancipation. Mais, si le fils a donné de l'argent à son père pour l'émanciper, soit au moment de l'émancipation, soit postérieurement, afin de rester libre de tester, le pacte est valable. Il y a là un disparate avec la constitution 35, § 1, C., III, 28, où l'on défend l'opération inverse, c'est-à-dire la renonciation d'un enfant à la succession de son père. Nous expliquerons ce défaut d'harmonie par le caractère relativement récent de la *bonorum possessio* ; elle émane du prêteur, et celui-ci ne s'est pas lié les mains d'une façon aussi étroite que le droit civil ; créant une institution, il admet toutes les combinaisons, qui lui semblent équitables.

Il nous reste à étudier une dernière exception, la *divisio inter liberos*, ou partage d'ascendants, la plus importante et la plus pratique. Aussi, devons-nous y insister davantage. De plus, elle nous fournit une transition naturelle entre les deux parties de notre étude. C'est bien un partage ; mais, comme il précède la délation d'héré-

dité, il subit en partie la règle, commune à tous les pactes sur succession future, et n'est qu'exceptionnellement autorisé.

Autrefois, si le père voulait procéder au partage de ses biens entre ses enfants pendant sa vie, et d'une manière définitive, il devait recourir à des donations entre-vifs ; mais, comme le fils en puissance ne peut rien acquérir pour lui-même, il faut une confirmation par testament (Fr. Vat. §§ 294). Depuis une constitution d'Alexandre-Sévère (§ 276 et 281, Fr. Vat.), il suffit d'une volonté persistante jusqu'au décès. Le père peut aussi émanciper tous ses enfants, sans leur retirer leur pécule, ce qui vaut confirmation de la donation (ll. 31, D. XXXIX, 5 ; 17, C., VIII, 54) ; en effet, la *collatio* n'est pas due entre émancipés. Il n'y a pas encore là de convention spéciale, ayant ses effets propres. Si l'on veut obtenir un résultat positif, créer des obligations ou des créances entre copartageants, il faut employer des stipulations réciproques.

A l'époque classique, toutefois, nous voyons apparaître le partage d'ascendants proprement dit. Le texte le plus ancien, qui nous en révèle l'existence, appartient à Scévola, et se trouve au Digeste, l. 39. § 5, D., X, 2, *Familiæ Erciscundæ* : « Un père a partagé ses biens entre ses fils, et a confirmé ce partage par testament ; il a décidé, que chaque copartageant paiera seul ses dettes présentes et futures ; dans la suite, l'un des fils a emprunté de l'argent par mutuum, et le père est interrevenu : comme garantie de cette dette, l'on a engagé au créancier les fonds qu'il avait assignés au fils dans le partage ; après la mort du père, le même fils a possédé ces fonds, et a

payé les intérêts de ces dettes. Je demande si, dans l'action familiæ erciscundæ, le cohéritier du fils débiteur doit l'indemniser de la vente de ces fonds, provoquée par le créancier gagiste ? J'ai répondu, d'après les circonstances de la cause, qu'il ne lui devait rien. » Il s'agit d'un partage, qui a transféré aux enfants l'administration des biens partagés, la propriété étant retenue par le père. Ce dernier intervient pour la validité du contrat, et, comme il est resté propriétaire, il doit donner son consentement à l'engagement des biens distribués. Du reste, cela est nécessaire à un autre point de vue : le partage doit être confirmé par testament, et l'on ne sait encore, à qui reviendront définitivement ces fonds. L'acte est entre-vifs, puisqu'on voit le père agir au sujet des biens donnés, et postérieurement au partage. Une fois le décès intervenu sans révocation, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit suivre la volonté du père, comme le prouvent implicitement la question que se pose le jurisconsulte à la fin du texte, et le lien établi par ce même texte entre la décision du père et l'office du juge de l'action en partage, venant comme corollaire. Le texte présente certaines particularités, qui ne rentrent pas dans notre étude, et qui constituent des règles d'interprétation de la volonté du père dans sa répartition des dettes. En définitive, il y a là une sorte de codicille confirmé par testament, sauf, peut-être, en plus, l'intervention des enfants, dont la volonté aurait été alors irrévocablement fixée par l'acte. Mais, on ne peut émettre sur ce point que des conjectures.

Un texte postérieur d'Ulpien, l. 20, § 3, D., X, 2, est déjà plus hardi. Un partage a été opéré par le père entre

ses enfants, sans aucun écrit ; le père a réparti le passif proportionnellement à l'actif ; ce qui n'a pu changer le droit des créanciers, l'attribution des créances après le décès étant fixée proportionnellement aux parts héréditaires, et, ici, elle l'est d'après l'émolument de chacun. Mais il y a eu partage.

On a déjà dégagé la notion de ce partage qui s'analyse en un échange, ce qui, ici encore, prouve le concours des enfants à l'acte. Dès lors, si l'un des enfants, après le décès, est poursuivi par l'un des créanciers, pour sa part héréditaire, qui est supposée plus forte que sa part réelle, il y aura lieu à l'action *præscriptis verbis* contre les cohéritiers. Le partage réalisé par le père entre ses enfants, est devenu un contrat *sui generis*, produisant effet par lui-même dans les mêmes conditions qu'un contrat innommé ; c'est une variété de l'échange. Le texte ajoute que, si tous les objets n'ont pas été partagés, on retombe dans le droit commun ; car, le juge de l'action *familie erciscundæ*, dont le père voulait prévenir l'office, est forcément compétent pour les objets non partagés, s'il y a contestation ; dès lors, pour plus de simplicité, on lui donne pouvoir pour le tout ; mais il devait, sans doute, se conformer à la volonté du père pour tout ce qui avait déjà été partagé.

Quoiqu'il en soit, à l'époque classique, nous voyons admis non seulement un simple projet de partage, qui n'acquerra toute son efficacité que par l'intervention du juge, mais une convention, à laquelle l'exécution par l'une des parties donnera immédiatement le caractère de contrat. Il y a certainement là une des plus remarqua-

bles exceptions au principe de la prohibition, et elle s'explique par des considérations d'utilité et de respect pour les dernières volontés du défunt.

Le texte dit, en effet, qu'il y a là *supremi judicii divisionem* plutôt que donation. C'est, qu'en effet, il faut sans doute, sinon une confirmation par testament, du moins une volonté persistante jusqu'à la mort, pour rendre définitif le partage anticipé ; de plus, le partage n'émanera plus du juge, mais, du *supremum judicium patris*. Pothier prétend, que l'acte serait une donation *mortis causâ*. Mais l'opposition des mots *donatio* et *supremi judicii divisio* écarte cette idée : *divisio* n'est pas *donatio*. Du reste la donation *mortis causâ*, comme celle entre-vifs, est un acte attributif. Nous n'avons ici qu'un acte distributif, qui a besoin de l'*adjudicatio* du juge ou de l'exécution par l'une des parties, pour sortir tous ses effets, et cette *adjudicatio* ou cette exécution ne se produiront valablement qu'après le décès. Autrement, il n'y aurait plus *supremi judicii divisio*, mais acte irrévocable par le père. Dans la donation, au contraire, c'est d'ores et déjà que le donataire acquiert les objets donnés. Le projet de partage est destiné à prévenir plus tard lutttes et contestations ; mettre dès maintenant aux mains des copartageants des droits et actions, serait le moyen au contraire de les provoquer plus vite. Du reste, le passif comme l'actif a été réparti : ce qui différencie l'acte d'une donation.

Bien entendu, il ne faut pas confondre ce partage entre-vifs avec celui, dont nous entretennent les lois 39, § 1, D., X, 2 ; 33, D., X, 2 ; 10, C. III, 36, et qui est un

partage testamentaire, conforme au droit commun.

Les lois 16, C., III, 36 et 21, C., au même titre, toutes deux constitutions de Dioclétien et Maximien, s'occupent également du projet de partage entre-vifs, manifesté d'une manière quelconque par le père, et auquel le juge de l'action *familiae erciscundae* doit se conformer. Il n'est plus question d'une intervention des enfants, sinon toute passive, et, cependant, disent les textes, il n'y a ni testament ni codicille. Cela tient probablement à la nature spéciale de cet acte, le codicille étant plutôt simplement attributif de droits ; ici la *divisio* domine, et donne sa dénomination à l'acte qui la renferme. Du reste, puisqu'il n'y a pas eu testament, le codicille ne pourrait être qu'un codicille *ab intestat*, et un pareil codicille (1, Inst., II, 25) ne peut contenir que des fidéicommiss. Or, les fidéicommiss donnent lieu à une *persecutio extra ordinem*, et, ici, c'est le juge ordinaire de l'action *familiae erciscundae* qui reste compétent.

Jusqu'à présent, nous ne voyons que le *pater*, qui soit autorisé à partager d'avance son bien entre descendants en puissance. Il n'y a encore là qu'un attribut de la puissance paternelle. Constantin, le premier, dans la constitution 2, au Code Théodosien, *Familiae erciscundae*, II, 24, étend ce droit à la mère. Toutefois ce n'est pas la mère qui, d'autorité, impose l'acte aux *liberi* ; mais, ce sont eux qui opèrent, *præcipiente matre*. Le droit n'est donc pas aussi étendu que celui du *pater*. Mais n'importe, la voie est ouverte : le partage d'ascendants existe vraiment, et l'on a dérogé en faveur des père et mère, à l'inflexibilité des anciens principes. Du reste Constan-

tin, dans sa constitution, rappelle la règle à laquelle il va faire brèche : comme pour le père, la volonté doit avoir persévéré jusqu'au dernier souffle. L'acte est bien un acte entre-vifs ; car il ne peut plus être rescindé que par la volonté de la mère, dit le texte. Il est donc irrévocable pour les enfants qui y ont pris part.

Justinien, enfin, dans sa Novelle 18, chapitre 7, et sa Novelle 107, chapitre 3, vient soumettre ce partage à certaines formes : il exige un écrit d'ensemble signé par l'ascendant ou par tous les enfants ; cela, dit-il, pour éviter les querelles et actions en justice. Sous Justinien, on ne distingue plus entre les ascendants. Les Novelles ne disent plus *pater*, mais, *quis*, bien que parlant encore de *filios*. Le partage est bien le partage d'ascendants.

Les Novelles ne disent rien de l'effet de ce partage, s'en référant sans doute aux règles du partage ordinaire. Cet acte produisait-il toutes ses conséquences du vivant de l'ascendant, et était-il révocable *ad nutum* ? Le premier de ces points, nous semble-t-il, doit être résolu par la négative, comme le second par l'affirmative. Justinien ne semble innover que quant à la forme. Il conseille de faire l'acte par testament ; si l'on ne peut tester pour une raison ou pour une autre, l'empereur se contente de certaines formes, moins compliquées. Mais, le but de l'institution reste toujours le même : rapproché du testament dans les Novelles, le partage entre-vifs, comme lui, reste révocable et ne produit d'effet qu'au décès ; ce qui est implicitement décidé par les textes, qui considèrent toujours comme étant de l'office du juge

de compléter la volonté du défunt, c'est-à-dire sa dernière volonté.

En définitive, le partage entre-vifs peut encore être l'œuvre du père tout seul (père ou ascendant, vu l'expression *quis* des Novelles), auquel cas il ne se distingue guère d'un codicille, ou l'œuvre des enfants, sur l'initiative du père, et il y a alors véritable dérogation aux principes de la prohibition. Ce n'est qu'à ce point de vue que le second mode de partage entre-vifs se distingue bien du partage testamentaire ; c'est un acte *ab intestat*. Pour la garantie et autres effets, vu l'intention du testateur, ces deux sortes d'actes devront être traités de la même façon.

Un rescrit d'Alexandre-Sévère (l. 8, pr., C., III, 28), tout en consacrant l'usage de la *divisio* entre-vifs, a interdit de réduire la légitime de ses enfants, en usant de ce détour. C'est lui, du reste, qui a assimilé les donations aux testaments, au point de vue de l'inefficacité.

En ce qui concerne les effets et la rescision du partage d'ascendant, nous en traiterons en même temps que de ceux du partage amiable.

DEUXIÈME PARTIE

DES PACTES INTERVENUS SUR LA SUCCESSION D'UNE PERSONNE DÉFUNTE, ET SPÉCIALEMENT DU PARTAGE

Avant de nous renfermer dans l'étude d'une hérédité acquise, il faut voir ce que l'on peut faire de la succession entre la délation et l'adition, s'il s'agit d'héritiers externes. L'hérédité entre-t-elle alors dans le commerce ? Il est certain que tous les motifs, justifiant l'interdiction des pactes sur succession future, s'évanouissent : mais, tant que l'hérédité n'est pas acquise, elle est encore considérée comme un tout, une universalité, ainsi que le prouvent les effets de l'*in jure cessio hereditatis*, là où elle est admise (Gaius, II, 35 ; Ulp., Reg. XIX, § 14). Sans doute l'on peut traiter sur les objets particuliers de cette succession, et un pareil acte fera même réputer l'héritier acceptant (7, Inst., II, 19). Mais, qu'en est-il de l'hérédité en bloc ? L'*in jure cessio hereditatis*, avons-nous dit, est permise dans certaines conditions. Mais, ce n'est pas une convention. C'est un acte solennel, comme l'affranchissement, comme la mancipation, et sa théorie est toute différente de celle que nous étudions.

Les lois 1, D., XVIII, 4 ; 28, D., XXXIX, 5 ne tranchent pas la question.

Cependant nous admettrons avec Cujas (tome 9 de ses

Œuvres, c. 28 et s., sur l. 1, C., II, 3) la validité de ces pactes ; nous avons même plus de raisons de l'admettre que cet auteur, qui raisonne ainsi : « Si je ne puis répudier d'avance la succession d'une personne vivante, c'est qu'une *spes* est quelque chose de très proche, d'imminent ; or, un enfant peut être exhéredé, un étranger déçu par testament. L'espoir d'une succession, par contre, est très proche, une fois le *de cuius* au tombeau ; ainsi, bénéficiaire d'un fidéicommiss, je ne puis demander la mort du testateur ; je puis très bien au contraire exiger l'addition d'hérédité ». Nous avons plus haut combattu ce raisonnement, et justifié la loi par d'autres raisons, qui sont ici hors de cause. Du reste, les textes ne prohibent pas ces traités, qui, par suite, doivent être reconnus.

Nous avons, au contraire, des textes en notre sens : telle est la loi 73, pr., D., XXXV, 2, qui autorise le légataire, avant l'addition, à abandonner à l'héritier une partie des legs, pour le déterminer à acquérir la succession. C'est en définitive un engagement pris par l'héritier sur une succession qui ne lui est que déférée ; de même encore, les textes (ll. 24, D., XXIX, 2 ; 4, pr. et § 1, D., XXIX, 4), qui supposent permise la répudiation moyennant prix, tout en édictant contre elle certaines rigueurs. On oppose la loi 1, § 11, D., XLIII, 3 : *Quod ait prætor voluntate ejus, ad quem ea res pertinet, ita erit interpretandum, ut si post aditam hereditatem vel bonorum possessionem adgnitam, voluntas accommodata est legatario, ut possideret, interdictum cesset ; quod si ante aditam hereditatem, bonorum possessionem adgnitam hoc factum est, rectius dicetur eam voluntatem non no-*

cere debere : l'interdit *quod legatorum*, interdit *restituæ et adipiscendæ possessionis*, est donné à l'héritier, pour obtenir la restitution des choses héréditaires contre le légataire, qui (l. 1, § 7, D., *Quod legatorum*, XLIII, 3) les possède ou a cessé de les posséder par dol. En restituant, le légataire peut demander une caution pour l'exécution de son legs (l. 2, D., XLIII, 3). Ici, il est intervenu, dit-on, entre le légataire et l'héritier une convention qui permet au premier de posséder ; si la convention a eu lieu avant l'adition, dit le texte, elle ne produit pas d'effet, et l'héritier conserve son interdit. Mais il faut répondre, que la loi 1 § 11 ne peut viser l'hypothèse d'une convention ; car, il s'agit ici de *res*, envisagées *ut singulæ*, et les conventions sont libres, même avant l'adition, sur les objets particuliers ; il y a simplement une tolérance de l'héritier, qui ne l'a engagé à rien : ce que prouve l'expression *voluntate*. Il y a eu *nuda voluntas* de l'héritier. On comprend que l'on se montre plus sévère, une fois l'hérédité acquise, et que l'on voit dans cette tolérance une renonciation à l'interdit. Enfin, on peut admettre la validité d'un contrat sur une succession déférée au promettant, par à *fortiori* de ce qu'on admet la validité d'un contrat sur une succession déférée à autrui (ll. 8 ; 9, D., XVIII, 4) ; ce qui est la conséquence des principes romains, autorisant la promesse de la chose d'autrui (ll. 28, D., XVIII, 1 ; 11, § 2, D., XIX, 1).

De tels pactes obligeront à faire adition et, en prenant pour exemple l'hypothèse d'une vente, à céder à l'acheteur l'émolument retiré de la succession. Mais, il n'y a plus qu'à exécuter, dès lors, une convention sur

succession acquise; ce qui nous amène réellement à la seconde partie de notre sujet.

La succession, une fois acquise, change de caractère; elle n'existe plus, comme *universitas juris*, en dehors des objets qui la composent. Elle est pleinement dans le commerce. Supposons une vente: il faudra céder un à un les différents éléments de l'ex-patrimoine, d'après les modes qui leur conviennent. La seule convention, qui présente certains caractères spéciaux, relativement à l'hérédité acquise, est la convention de partage, qui est la seule pratique, et à peu près indispensable, qu'elle ait été préparée par l'ascendant avant sa mort, ou qu'elle soit l'œuvre exclusive des intéressés. Ce qui différencie ce pacte de tous les autres, ce sont les relations personnelles des co-contractants; ils ont la qualité commune d'héritiers, d'où dérive l'idée d'égalité qui domine la matière.

Le partage a-t-il toujours existé à Rome? On trouve (Muirhead, *Droit privé de Rome*, traduit par M. Bourcart, p. 58 s.), des exemples d'héritages, demeurant dans une famille pendant des siècles, ce qui serait difficile à concilier avec les morcellements, qui se reproduisent à chaque génération; mais, peut-être ces morcellements étaient-ils évités par des accords entre frères décidés à vivre en commun (*consortes*) (Aulu-Gelle, I, 9, 12): *Societas inseparabilis, tanquam illud fuit antiquum consortium, quo jure atque verbo Romano appellatur ercto non cito*. Il peut se faire, qu'à la suite d'une entente, l'un d'entre eux garde les biens, pour les transmettre à son tour à sa postérité. Quoiqu'il en soit, le partage apparaît de

fort bonne heure à Rome, et la loi des Douze tables a introduit l'action *familiæ erciscundæ* (Gaius, II, 19; l. 1, pr., D., X, 2).

Quant au partage amiable, nous le croyons postérieur au partage judiciaire. Outre que nous n'en trouvons trace qu'à une époque bien plus avancée, nous ne voyons guère le moyen de l'opérer, avec le formalisme rigoureux des premiers temps de Rome, d'autant plus que c'est encore la loi des Douze-Tables qui divise de plein droit les créances et les dettes. La simplicité primitive du droit ne s'accommode guère d'actes, où chaque objet exige, pour sa transmission, des solennités particulières. Quand ce partage s'introduisit, on put y procéder par des stipulations réciproques, bien que nous n'en trouvions pas d'exemples dans les textes. Si l'on admet que la vente fût connue de bonne heure à Rome, le partage amiable put revêtir anciennement cette forme, sous laquelle il se présente parfois à l'époque classique, et, en effet, un texte l'assimile à la vente. Enfin, les pactes, étant munis d'une exception depuis Cicéron, peuvent encore aboutir au même résultat, mais d'une manière incomplète. — La véritable théorie du partage amiable acquiert sa formule à l'époque classique, où on l'assimile surtout à un échange ; c'est alors, en effet, qu'achève de s'élaborer la théorie des contrats innommés.

Dans notre étude sur le partage, nous indiquerons surtout les particularités, qui se présentent dans le partage de succession, ainsi que celles du partage amiable, tout en étant obligé de faire des emprunts à la matière du partage judiciaire.

CHAPITRE PREMIER

NÉCESSITÉ DU PARTAGE ET CAS OU IL Y A LIEU D'Y PROCÉDER.

La théorie du partage s'applique à toute hérédité, légitime comme testamentaire, civile ou prétorienne (ll. 2, § 2, D., X, 2; 24, § 1, D., X, 2); de même viennent au partage le fidéicommissaire (ll. 1, § 1; 2, pr.; 21, § 1, D., X, 2), l'adrogé impubère pour sa Quarte (l. 21, D., X, 2), le substitué vulgaire soit avec ses cosubstitués, soit avec les héritiers de celui à défaut duquel il est appelé; enfin l'acheteur d'hérédité, puisqu'il est au lieu et place de son vendeur. Toutes ces personnes peuvent intenter l'action en partage et, par suite, concourir à un partage amiable.

Le partage est un acte nécessaire. Personne ne peut être forcé de rester dans l'indivision, et la règle est posée d'une manière générale, pour tous copropriétaires, par la loi 14, § 2, D., X, 3, et la loi dernière, C., III, 37. Les parties peuvent s'interdire de le demander pour un temps donné, mais, non pour une période indéterminée (ll. 14, § 2, D., X, 3; 5, C., III, 37; 70, D., XVII, 2).

En matière d'hérédité, une question spéciale se pose. Nous avons vu que le *de cuius* peut anticiper le partage, soit par testament, soit dans certains cas, par acte entre-vifs. Peut-il, à l'inverse, comme les héritiers eux-mêmes, prolonger l'indivision pour plusieurs années? Lebrun,

Successions, l. 4, t. 1, n° 7, l'admet, pourvu que la clause soit introduite dans l'intérêt au moins de l'un des héritiers ; et cela d'après ll. 114, § 14, D., XXX, et 38, § 4, D., XXXII.

D'autres l'ont admis sans restriction, et en se fondant sur trois lois du Digeste (89, § 3, D., XXXI ; 78, pr., D., XXXVI, 1 ; 4, D., XXVIII, 7), totalement étrangères à la question. Les deux premières supposent un codicille *ab intestat*, imposant à la mère et à la fille, de mettre en commun ce qui leur adviendrait de la succession et, en outre, leur fortune personnelle. Mais il n'est pas dit le moins du monde que la mère et la fille resteraient dans l'indivision, et même formeraient une association. Si telle était la pensée de la loi, comme elle ne fixe aucune durée, il en faudrait conclure que le testateur peut perpétuer l'indivision entre ses héritiers, ce que ceux-ci ne peuvent faire eux-mêmes, et personne ne le soutiendra. Il ne faut voir dans le texte qu'un rapport d'un nouveau genre, rapport émanant de la volonté du testateur. La fille venant à la succession de par l'autorité prétorienne, l'espèce de fidéicommiss laissé en faveur de la mère ne s'exécutera que si elle consent à verser ses biens à la masse, aux termes de la volonté de son mari. Le troisième de ces textes valide, après exposé d'une controverse, une institution faite sous la condition, que les gratifiés vivraient 16 ans en société. Mais, il y a ici une véritable institution conditionnelle. La société est la condition *sine quâ non* du titre d'appelé. Ce n'est pas, ajoute le texte, une condition perplexe et par suite annulable ; car, elle peut être accomplie ou au moins recevoir

un commencement d'exécution par un contrat de société formée avant l'adition, l'hérédité étant considérée comme une chose future. Nous ajouterons qu'il est beaucoup plus compréhensible de laisser libres sur ce point les héritiers plutôt que le testateur lui-même. Ils connaissent mieux leurs intérêts, et supporteront plus légèrement une situation dont ils sont les auteurs ; l'intervention du *de cujus* leur semblerait un acte d'immixtion intolérable.

Supposons que le testateur, à l'inverse, ait lui-même opéré le partage, et demandons-nous si, nonobstant cette opération, les héritiers conservent encore le droit de rester temporairement indivis. Nous croyons que cela leur est permis, si le testateur ne l'a pas formellement pros- crit. Il est bien entendu, en effet, qu'une convention de ce genre laisse intactes les parts assignées par le *de cujus*, et, par suite, le pacte d'indivision ne contredit pas sa décision.

CHAPITRE II

NATURE DU PARTAGE ET ACTES PAR LESQUELS ON L'OPÈRE

Il faut distinguer ici la convention de partage du contrat de partage. Le simple pacte de partage n'a pas été l'objet de faveurs spéciales de la part du législateur, comme d'autres pactes ; il a été muni d'une exception par le préteur. C'est par lui, que se déterminent les lots, les promesses à intervenir ; il est le préliminaire nécessaire du contrat de partage, qui résulte de la seule exécution unilatérale de la convention. La pleine exécution forme le partage proprement dit.

Si le *de cuius* a lui-même opéré le partage par acte entre-vifs, il n'est plus besoin que de l'exécution pour sanctionner ce projet, exécution qui, nous l'avons admis, ne doit s'opérer qu'après le décès. Que si le partage a été fait par testament, le rôle des héritiers est beaucoup moins actif encore, et ils n'ont qu'à laisser s'exercer les prélegs.

Le partage apparaît comme un échange, et c'est bien ainsi qu'il est qualifié par les lois romaines. Cependant, ce caractère est commun au partage d'ascendant, au partage amiable, et même au partage judiciaire, et ne suffit pas pour particulariser le partage extrajudiciaire, qui doit seul nous intéresser.

Mais ce partage peut s'opérer de diverses manières,

aux termes des textes. D'abord, le mode le plus fréquent de partage est précisément l'échange (*permutatio*) ; parfois aussi, c'est la vente (L. 1, C. III, 38) ; enfin, ce peut être un *negotium mixtum*, un échange avec soultes. Selon qu'il aura revêtu la forme de l'échange ou de la vente, il suivra les règles de l'un ou de l'autre ; car, il n'a jamais été reconnu comme contrat propre, ayant ses règles spéciales. Par suite, le partage sera tantôt consensuel, si c'est une vente, tantôt réel.

La vente et l'échange diffèrent notamment aux points de vue suivants : 1^o Le coéchangiste évincé n'a pas à recourir contre l'autre, s'il n'a pas encore accompli sa dation ; au contraire, le vendeur de la chose d'autrui peut être actionné avant le paiement du prix ; 2^o les deux parties, dans l'échange, sont tenues de transférer la propriété ; dans la vente, l'acheteur seul y est obligé ; 3^o l'échangiste dispose d'une action résolutoire et d'une action tendant à l'exécution ; le vendeur, s'il a perdu la propriété, n'a plus que l'action *venditi* en dommages-intérêts.

Souvent le partage, sous peine de complications extrêmes, ne pouvait s'opérer qu'en une série d'opérations plus restreintes, si les objets ne se prêtaient pas tous aux mêmes modes de transfert (nous supposons, la plupart du temps, le partage fait par échange) : il existe, par exemple, des *res Mancipi* et des *res nec Mancipi*. Le partage judiciaire au contraire ne s'exerce qu'une fois, et chaque partie, en même temps demanderesse et défenderesse déduit tout son droit en justice.

S'il y a plusieurs masses de biens telles que, d'une

part, les biens *castrenses*, de l'autre, les biens civils, chacune d'elles doit, aux termes de la loi 25, § 1, D., X, 2. faire l'objet d'un partage séparé; car, il y a là deux successions distinctes.

La capacité, pour prendre part au partage, appelle quelques observations. Le partage est une aliénation. Les immeubles suburbains ou rustiques des pupilles ne peuvent être aliénés par les tuteurs, depuis l'*oratio* de Septime-Sévère (l. 4, § 2, D., XXVII, 9). Comme le partage amiable est une aliénation, le partage judiciaire est la seule voie possible, parce que c'est une aliénation nécessaire; aussi (l. 3, § 2, D., XXVII, 9), le tuteur ne pourra-t-il qu'y défendre et non la provoquer; tout cela, sauf décret du magistrat, dont la nécessité est imposée depuis Constantin, même pour les immeubles urbains (l. 22, C., V, 37). Mais, ici, une exception remarquable se rencontre, spéciale au partage de succession: parmi les exceptions, que la loi 12, D., XXVII, 9, apporte à la défense d'aliéner, on trouve le cas, où le père a lui-même permis ou ordonné l'aliénation. Or, il n'a pas fait autre chose, s'il a partagé ses biens d'avance. Par suite, le contrat de partage amiable, en vertu de sa décision, pourra avoir lieu. Nous relèverons encore l'incapacité, pour le mari, de provoquer le partage, sans le consentement de sa femme (l. 12, C., V, 23), si la masse contient des immeubles, appartenant à la femme par indivis avec des tiers, et qu'elle s'est constitués en dot. Sous Justinien, la législation est la même, bien que cet empereur ne tienne plus compte du consentement; c'est qu'ici, l'aliénation est jusqu'à un certain point nécessaire, et

qu'il peut être utile d'éviter les frais d'un partage en justice.

Si l'on attend la naissance d'un nouvel héritier, on peut passer outre, à condition de laisser pour l'enfant trois parts, sauf, plus tard, à rétablir la vraie proportion (l. 7, pr., D. XXXIV, 5 ; l. 36, D., XLVI, 3).

CHAPITRE III

FORMATION DE LA MASSE PARTAGEABLE.

La première opération à effectuer est celle des rapports, et on ne la trouve qu'en matière successorale. La théorie du rapport reçut des développements considérables, depuis le prêteur et la *collatio bonorum*, qui n'était qu'un apport, jusqu'à Justinien et au véritable rapport des descendants, introduit par cet empereur jusque dans la succession testamentaire. Nous n'avons pas ici à suivre la progression de cette théorie, ni à étudier la matière dans ses détails. Nous dirons seulement, que le testateur peut affranchir du rapport (Nov. XVIII, chap. 6), que le rapport se fait d'après l'état des biens, possédés lors du décès, et que les fruits et accessoires des choses rapportables sont dus depuis l'ouverture de la succession jusqu'au partage ; l'héritier en demeure (on applique les règles ordinaires de la demeure) doit les intérêts moratoires depuis le décès ; en retour, l'héritier a droit aux impenses nécessaires et utiles, qu'il aurait faites depuis cette époque.

Le rapport peut se faire *cautione* ou *re*, au choix du débiteur du rapport (Nov. XCVII, ch. 6). *Cautione* : c'est une promesse suivie d'une satisfaction, qu'on peut remplacer par une sûreté réelle. Si l'on ne trouve pas de satisfaction, un curateur est nommé pour administrer, en

attendant, les biens rapportables (ll. 1, § 10 ; 2 § 9, D., XXXVII, 6). *Re* : en nature ou en moins prenant, ou encore par prestations équivalentes (ll. 1, § 2, D., XXXVII, 6 ; 5, C., VI, 20). L'obligation du rapport doit s'exécuter, dans l'année même de l'ouverture de la succession, à peine de déchéance (ll. 8, C., VI, 20 ; 11 ; 16, C., VI, 20) de toute action successorale.

Une autre opération, qu'on a appelée à tort chez nous rapport des dettes, se trouve indiquée dans deux lois d'Ulpien, 50, D., X, 2 et 53, D., même titre. Nous ne voyons entre la *collatio* et cette autre opération qu'une analogie : c'est que toutes deux viennent grossir l'actif avant le partage. Mais, l'une ne s'est introduite dans la législation romaine que lentement, et ne s'est appliquée qu'à certaines situations spéciales, où sans doute elle tendait à assurer l'égalité, mais entre personnes envisagées comme cohéritières. Ici, nous croyons que la qualité prédominante est celle de copartageant, et cependant le rapport des dettes, sous cette forme, suppose nécessairement un partage d'hérédité, puisqu'il s'agit d'une dette envers le défunt. Nous rencontrons ainsi une première fois l'idée d'égalité, qui a été celle de la loi en notre matière. Le premier de ces textes, la loi 50, ne fournit qu'un *à contrario*. Le père a abandonné à son fils une certaine somme pour ses études ; le fils n'a pas à la rendre, parce que le père ne la lui a pas remise *credendi animo*, mais *pietate debita ductus*, c'est-à-dire à titre de don ; ce qui prouve combien la théorie du rapport des dettes est peu une *collatio bonorum* : le point de vue est tout autre.

On peut facilement conclure du texte qu'une somme versée (on peut généraliser, les textes ayant coutume de ne rapporter que des espèces entre très proches parents), par une personne à son héritier, doit être remise dans la succession. La loi 53, D., X, 2, confirme cette induction : une somme, prêtée par un fils émancipé à un tiers, doit être remboursée à son père, d'après cette loi ; si le fils était débiteur envers son père d'une pareille somme, elle doit être comptée dans l'actif de la succession. La loi 53 nous indique là un procédé, tout simple et tout naturel, de rendre à la masse ce qu'on lui a pris. Ces textes appartiennent à l'époque classique, et la théorie, dont ils contiennent le canevas, apparaît ainsi antérieure à celle du rapport proprement dit. Mais, peut-on étendre ce texte, qui ne s'occupe que d'une dette née d'un prêt d'argent, à toutes autres, notamment à celles qui proviennent d'un contrat synallagmatique ? La raison serait la même, évidemment, et l'on peut, en ce sens, tirer argument de ce que les textes, qui parlent de l'hypothèse inverse, c'est-à-dire la dette du défunt envers un héritier, et notamment la loi 25, § 19, D., X, 2, ne distinguent pas.

CHAPITRE IV

LIQUIDATION.

Les cohéritiers doivent se faire raison, en premier lieu, des prestations qui ont une cause antérieure à l'indivision, c'est-à-dire au décès ; ensuite des obligations qui sont nées de l'indivision elle-même. Les premières se rattachent à notre sujet : nous ne ferons qu'énumérer les autres.

Les premières font l'objet d'une sorte de prélèvement, prélèvement qui, du reste, rentre dans l'office du juge de l'action en partage : en cas de partage amiable, elles doivent être comptées au créancier avant le partage proprement dit. Nous trouvons d'abord les prélegs, sur la nature desquels il y eut controverse entre les Proculiens et les Sabinien. Ils doivent toujours être compris dans le partage, quoique les Proculiens accordent une action spéciale ; c'est que le prélegs contient une disposition qui suppose le partage. Evidemment, le prélegs doit s'exécuter en nature sur les biens de la succession.

Nous trouvons ensuite le prélèvement d'une donation faite par le père à un de ses enfants : la loi 18, C., III, 36 la déclare confirmée par la mort du père, s'il n'a pas manifesté de volonté contraire. Comme conséquence, l'enfant donataire pourra la prélever avant tout partage. Cependant, une solution diamétralement opposée se lit

dans la loi 13, C., VI, 20, et Cujas a imaginé (Obs. 3, 30) la conciliation suivante que nous trouvons, pour notre part, très satisfaisante : le rapport n'existe, depuis Justinien, que dans la succession *ab intestat* ; dès lors, il s'agirait, dans la loi 18, d'une succession testamentaire, et aucun obstacle ne gênerait le prélèvement. La loi 13, au contraire, refuserait le prélèvement, comme paralysé par le rapport imposé au donataire dans la succession *ab intestat*.

Une autre cause de prélèvement, voisine de la précédente, a été introduite par Justinien dans la loi 12, C., III, 38 : une donation *ante nuptias* a été faite à un descendant, et les biens, compris dans la donation *ante nuptias*, sont revenus à l'ascendant, soit en vertu de la loi, soit par l'effet d'une clause de retour. Si le testateur ne laisse comme successibles, outre l'enfant donataire, que des héritiers étrangers, l'enfant pourra prélever le tout ; mais s'il laisse d'autres enfants il faudra examiner la valeur des biens que ces derniers ont pu recevoir, et le prélèvement ne pourra en dépasser le montant.

Jusqu'à présent, il s'agit de prélèvements en nature.

Un peu différent est celui de la dot (ll. 20 § 2. D., X., 2 ; 56, § 1 et 2, D., XXIII, 3). Tant qu'il vit, le père du mari garde la dot de son fils ; c'est lui, par contre, qui subvient aux charges du ménage. Après le décès du père, le fils, devenu *sui juris*, supporte non seulement, la charge de son ménage mais encore celle du ménage de ses descendants ; aussi, pourra-t-il prélever, outre la dot de sa femme, les dots des femmes de ses fils non émancipés. Si la dot a été remise au fils lui-même, il peut en-

core la prélever jusqu'à concurrence du pécule ou de l'enrichissement du père (1.20, § 2, D., X, 2). Il doit garantir, en retour, ses cohéritiers contre les conséquences de l'action *ex stipulatu* intentée contre eux. L'action *rei uxoriæ*, appelée ici *ex stipulatu* à cause de la fusion établie par Justinien, se transmet, en effet, passivement, et aux héritiers du père, et à ceux du mari (ll. 7, § 15; 22, § 2; 25, pr.; 53, D., XXIV, 3). Nous avons dit qu'il n'y avait plus tout à fait là un prélèvement en nature. C'est qu'il aurait lieu malgré l'exhérédation du fils. Il a pour cause, non sa qualité d'héritier, mais celle de mari, et cela est si vrai, qu'il n'y a plus lieu de l'exercer, si le fils est divorcé lors du décès (argument *à contrario* de la loi 46, D., X, 2). Malgré les termes de la loi, il y a plutôt créance que prélèvement : dans le cas particulier, où le mari sera en même temps héritier, son droit aura les effets du prélèvement.

Nous avons déjà vu, au chapitre précédent, que le fils, ou, d'une manière plus générale, l'héritier a droit à un remboursement préciputaire de ce qui lui est dû par le défunt ; le principe est édicté par la loi 25, § 19, D., X, 2. Il ne peut plus être question ici d'attribution en nature. Semblable est le cas de la loi 20, § 1, D., X, 2. Si le fils a été obligé, et poursuivi pour un engagement qu'il a contracté sur le *jussus* de son père, ou dont son père ait tiré profit, ou enfin s'il était en possession d'un pécule à ce moment, il pourra, dans le premier cas, prélever toute la somme due ; dans les deux autres cas, le montant de l'enrichissement ou du pécule.

Pour les dettes résultant de l'indivision, nous trouvons indiquées dans les textes : 1^o celles résultant du

dommage causé par un des héritiers dans l'administration des objets de la succession, eu égard à la *culpa levis* (l. 25, § 16, D., X, 2) *in concreto* ; 2° la restitution des sommes perçues des débiteurs héréditaires (l. 38, D., X, 2) ; 3° le paiement à un cohéritier de ce qu'il a payé à la décharge de la succession et de toute valeur par lui mise dans la masse, par exemple d'une dette indivisible qu'il aurait acquittée au delà de sa part (l. 25, § 10, D., X, 2) ; 4° enfin, chacun doit compte à ses cohéritiers des fruits et intérêts, perçus pendant l'indivision, depuis l'adition d'hérédité (l. 44, § 3, D., X, 2).

CHAPITRE V

PARTAGE DES DIFFÉRENTS OBJETS DE LA SUCCESSION.

La succession ne formant plus une entité juridique distincte, il faut, dans tout acte où il en sera question, envisager isolément chacun de ses éléments. Mais, si nous comparons les actes passés avec des étrangers sur une hérédité, tels qu'une vente d'hérédité, et les actes qui n'interviennent qu'entre successibles, nous y voyons deux différences fondamentales, en sens opposés : d'abord, les pactes entre héritiers sont plus simples, en ce que l'on n'a pas, en principe, à s'occuper des créances et dettes, que la loi a divisées de plein droit ; a-t-on affaire à un étranger, auquel on a transmis la succession ? Il faut lui transférer en particulier chaque créance et chaque dette par *procuratio in rem suam*, anciennement par stipulations réciproques. Du reste, cela se passe ainsi pour des personnes, qui, tout en n'étant héritières que de fait, peuvent concourir au partage avec l'héritier en titre : nous désignons ainsi les fidéicommissaires, dont les droits se réclament par une *petitio extraordinaria*, et à qui l'on transmet les divers éléments, comme à un acheteur d'hérédité. A l'inverse, les traités conclus avec les étrangers ou les fidéicommissaires, seront plus simples que les pactes de partage, en ce qu'il suffit de livrer à ces personnes les objets, par les modes reconnus dans la législation, sans se préoccuper des considérations d'éga-

lité, qui compliquent la *divisio*, ni du plus ou moins de facilité à diviser les objets.

Le partage ne comprend pas tous les biens qui ont appartenu au défunt. La loi y soustrait plusieurs catégories d'éléments : 1° les choses hors du commerce, telles que les tombeaux de famille (l. 30, D., X, 2), les poisons (l. 4, § 1, D., X, 2), etc. ; 2° le produit d'un délit (l. 4, D., X, 2) ; 3° les tablettes du testament et les titres (*cautiones*) ; les tablettes doivent rester à l'héritier principal, ou être déposées dans un temple (l. 4, § 3, D., X, 2) ; les titres restent, moyennant caution, à l'héritier investi de la plus forte part, ou, en cas d'égalité de droits, à celui que le sort a désigné (l. 5, D., X, 2) ; on peut aussi les déposer dans un temple, ou les confier à un ami.

D'autre part, il y a encore lieu d'excepter du partage ce qui a été divisé, soit par le testateur, comme le dit la loi 32, D., X, 2, soit par la loi elle-même. L'ascendant ayant déjà pu répartir ses biens par acte entre-vifs, et tout autre ayant pu le faire par acte testamentaire, il n'y a qu'à se conformer à leur décision, s'ils ont usé de leur droit ; ce qui est resté indivis sera attribué à tous, proportionnellement aux parts héréditaires, à l'exception des objets qui sont l'accessoire obligé des biens répartis, et qui iront aux mêmes mains que le principal (l. 32, D., X, 2).

Quant à la loi, nous avons déjà dit qu'elle divise de plein droit les créances et les dettes, proportionnellement aux parts héréditaires (l. 25, § 1, D., X, 2 ; l. 26, C., II, 3) ; s'il s'agit d'obligations indivisibles, la loi exclut le partage. Mais elle aboutit à un résultat équitable

par les procédés qu'indique la loi 25, § 9-15, D, *Familie erciscundæ*, X, 2. Si le défunt était créancier, chacun pourra poursuivre le débiteur *in solidum*, mais n'obtiendra condamnation que pour sa part; si le défunt était débiteur, chaque héritier pourra être poursuivi pour le tout; mais il devra intervenir des promesses réciproques de se dédommager mutuellement de ce qu'on aurait payé au delà de sa part.

Il peut être dérogé à la division de la loi; on attribuera les créances à quelques-uns seulement, au moyen de procurations *in rem suam* sur les parts de créance des autres, ou bien, s'il s'agit de dettes, on conviendra que l'un ou quelques-uns supporteront en définitive tout le poids de l'obligation; les créanciers conservent leur action contre les autres, la convention étant pour eux *res inter alios acta*; mais ils peuvent aussi agir seulement contre ceux, sur qui doit retomber la dette en dernière analyse, profitant ainsi de la convention. Alors, ces héritiers seront poursuivis partie en leur nom, partie *procuratorio nomine* (l. 3, D., X, 2).

On comprend au partage les objets, dont le défunt était possesseur de bonne foi, et qui n'ont été usucapés que par ses héritiers (l. 9, D., X, 2); car, l'acquisition a sa cause dans un fait personnel au défunt. On traite de même les choses dues au défunt, telles que des marchandises achetées, et non livrées.

Pour le partage des divers objets, on appliquera le plus souvent les règles de l'action *familie erciscundæ*, sauf sur quelques points de détail. *L'adjudicatio*, par exemple, sert à la fois au transfert des *res Mancipi* et

des *res nec Mancipi* (Ulp., *Règ.*, XIX, § 16). Dans le partage amiable, on devra user de procédés distincts, *mancipatio* pour les premières, simple tradition pour les secondes.

On fait l'inventaire de tous les biens ; puis on réunit ce qui peut être partagé, en en déduisant ce qui ne doit pas l'être. Puis, il est procédé à l'estimation de tous les biens (l. 52, D., X, 2) ; l'argent héréditaire est distribué ainsi que toutes les choses de quantité. On réunit les biens qui vont naturellement ensemble (l. 4, C., III, 38) ; on peut établir des servitudes et des soultes (23, Inst., IV, 17 ; l. 3, C., III, 37) au profit du lot le moins fort, contre le lot le plus fort.

Les accessoires des biens suivent le principal ; tels sont l'alluvion, le part d'un esclave (ll. 11, 12, D., X, 2), les fruits perçus après l'adition d'hérédité.

Quant aux objets impartageables, si ce sont des meubles, on les vend, pour le prix en être distribué ; si ce sont des immeubles, on peut en former des lots, sauf à compenser les inégalités avec des soultes, ou bien procéder à une licitation avec ou sans étrangers (l. 17, § 3, D., X, 3 ; l. 78, § 4, D., XXIII, 3). On fera de même si le morcellement présente des inconvénients.

Les servitudes sont indivisibles, donc impartageables. Étant des qualités actives et passives du fonds, comme lui, elles passeront à celui qui recevra le fonds. On peut toutefois établir un règlement pour l'exercice de la servitude. Pothier et Dumoulin, s'appuyant sur la loi 19, § 4, D., X, 3, admettent même la divisibilité de certaines servitudes *tempore aut mensurà* ; mais cette

loi contient seulement un règlement de fait ; les textes, relatifs à l'indivisibilité, ne font aucune distinction (ll. 72 ; 85, D., XLV, 1).

Pour créer des servitudes entre copartageants, ou pour donner à l'un la propriété, à l'autre l'usufruit, on peut procéder par *in jure cessio*, en tous les cas. Pour les servitudes rurales, on peut employer aussi la mancipation. Ce dernier mode peut servir même aux servitudes urbaines et à l'usufruit, si la constitution s'est faite par *deductio* (Gaius, II, 33). Le préteur admit la quasi-tradition pour la translation et pour la *deductio*. En ce qui concerne l'époque de Justinien, on se demande si les pactes et stipulations suffisent, comme semble le dire le paragraphe 1^{er}, *Institutes, de Usufructu*, livre II, titre IV ; il ne rentre pas dans le cadre de notre étude de traiter cette controverse.

Partage de l'usufruit. Les textes ne fournissent que deux exemples d'usufruit possibles en cette matière : d'abord celui d'un legs de nue-propriété, l'usufruit restant indivis entre héritiers, et en second lieu, l'acquisition par un esclave héréditaire d'un legs d'usufruit, réalisée avant l'adition de l'hérédité à laquelle il appartient. On peut encore imaginer d'autres espèces, telles que la *collatio* par l'émancipé d'un usufruit, dont il jouit à la mort du *de cujus*.

L'usufruit ne peut se partager directement, car l'usufruit de l'un n'est pas celui de l'autre (ll. 7, § 10, D., X., 3 ; 6, § 2, D., X, 2). On peut assigner à chacun des héritiers une part, dont il jouira séparément, ou bien, s'il s'agit de meubles, laisser jouir chacun pendant un certain temps, avec promesses mutuelles de restitution aux épo-

ques fixées, ou encore louer le droit d'usufruit, et partager les loyers ou fermages.

S'il existe un droit d'usage, on l'attribuera à l'un, sauf à l'autre à recevoir une indemnité (l. 10, § 1, D., X, 3).

On partagera valablement les *agri vectigales et emphyteutici*, la *superficies* et les biens, simplement possédés de bonne foi par le défunt (l. 10, D., X, 2); toutefois pour l'*ager vectigalis*, la loi 7, § 1, D., X, 3 conseille de ne pas le morceler, pour éviter des confusions dans le recouvrement de la redevance.

Gage et hypothèque. Supposons le défunt débiteur, et ayant affecté un de ses biens à la dette. Si la dette n'est pas échue, on mettra dans l'un des lots l'objet hypothéqué, mais on déduira de sa valeur le montant de l'obligation; ou bien on vendra la chose à sa valeur actuelle. Si la dette est échue on peut désintéresser le créancier, ou procéder au partage, en se donnant des garanties; dans le silence des parties, la garantie devait être sous-entendue, en vertu des principes généraux du partage.

Si c'est, au contraire, le patrimoine du *de cujus*, qui possède un gage, on l'attribuera, avec la créance, à l'un des cohéritiers, qui ne paiera jamais plus que la dette, ne devant pas recevoir plus; mais il pourra avoir à payer moins, si la valeur du gage lui est inférieure. Il pourra forcer le débiteur à reprendre le gage tout entier (ll. 29, D., X, 2; 7, § 13, D., X, 3), et à lui payer ainsi tout ce qu'il doit; la raison en est que le partage est une aliénation nécessaire (l. 29, D., X, 2); par suite, s'il a acquis tout le gage, c'était pour conserver la portion qui lui revenait, et il serait injuste de l'obliger à garder l'autre, qu'il n'a pas entendu définitivement acquérir.

CHAPITRE VI

COMMENT S'EXÉCUTE LE PARTAGE AMIABLE.

Il intervient d'abord une convention, soit antérieure au décès, dans les cas où la loi l'autorise (partage d'ascendants), soit postérieure. Cette convention ne produit que des effets restreints. Elle sert de base à une exception *pacti* pour celui qui est en possession des avantages stipulés dans cette convention ; d'autre part, si le partage judiciaire est rendu nécessaire, le juge devra se conformer au pacte intervenu (l. 3, § 1, D., X, 3); mais aucune action n'existera au profit des contractants (l. 45, D., II, 14). Pour produire effet, la convention doit devenir contrat soit au moyen de stipulations, soit au moyen de donations. — Le partage, une fois exécuté par l'une des parties, rentre, la plupart du temps, dans la catégorie des contrats innommés, et en acquiert les effets.

Cependant, au milieu des nombreux textes, qui semblent d'accord pour traiter tout partage comme un échange, la constitution fort courte, du reste, de Caracalla, insérée au Code, au titre *Communia utriusque*, etc., (l., C., III, 38), énonce comme hors de doute : *divisionem praediorum vicem emptionis obtinere placuit*. On en a fourni plusieurs explications. Parmi les anciens auteurs, les uns disent que le partage, ressemblant à l'échange, doit, par suite être rapproché de la vente qui

confine à l'échange. Mais nous avons vu les profondes différences qui séparent vente et échange, différences d'origines et d'effets. D'autres font dériver cette assimilation de l'obligation de garantie ; mais, celle-ci n'est pas spéciale à la vente (ll. 29, D., XXI, 2 ; 16, D., XII, 4 ; 33, C., II, 4 ; 131, § 1, D., L, 16).

D'autre part, la constitution de Caracalla est exprimée sous une forme trop impérative pour ne pas renfermer du moins quelque parcelle de vérité ; d'autant plus que la constitution 3 de Dioclétien, au même titre, d'après l'une des opinions qui se sont produites, appliquerait au partage une des règles importantes de la vente.

Pour nous, outre l'influence qu'ont pu exercer les idées personnelles de l'empereur sur la rédaction de ce texte, et dont nous avons parlé dans notre historique, nous maintenons qu'il y a là une forme qu'on peut employer comme une autre dans le partage, et que c'est là toute la portée de la constitution. Nous n'affirmerions pas, que cette forme fût toujours possible. Mais, elle nous semble s'imposer dans certains cas. Supposons un seul immeuble à partager. N'étant pas commodément partageable, il reste à l'un des frères, par exemple, moyennant une somme que l'autre lui fournira ; il n'y a pas là autre chose qu'une vente. On ne peut lui appliquer la théorie des contrats innommés, malgré le texte de Celsus (l. 16, D., *de conditione causâ datâ*, etc., XII, 4), dont la doctrine est restée isolée, et qui n'était que l'énonciation d'une théorie plus arriérée encore que celle des Sabinien.

Quelles conséquences tirerons-nous de ces obser-

ventions? C'est qu'en certains cas, au moins, où l'opération se présentera sous forme de vente, la simple convention suffira pour réaliser le partage; par suite, si elle résulte d'un partage d'ascendant, elle produira effet dès le décès; l'action *ex stipulatu* y sera sous-entendue (toutefois, nous ne l'admettrions qu'au simple, vu l'idée d'égalité des partages), et enfin, elle sera rescindable pour lésion d'outre-moitié (l. 2, C., IV, 44).

Supposons maintenant l'hypothèse normale, celle d'un partage effectué en nature, au moins pour partie. Bien des textes sont d'accord pour y voir un contrat innommé (ll. 77, § 18, D., XXXI; 23, C., III, 36; 7, C., III, 38), même lorsque le partage est l'œuvre du juge (l. 14, C., III, 36), ce qui prouve que tel est son vrai caractère. C'est un échange, *permutatio*; les lois 20, § 3, D., X, 2; 77, § 18, D., XXXI, parlent positivement de *permutatio*. Toutefois, il ne faudrait pas conclure de là qu'il n'y a pas de partage possible par vente; car, les termes du texte, croyons-nous, viennent plutôt affirmer le caractère translatif du partage que son mode de réalisation, et du reste statuent sur le *plerumque fit*.

Le partage, rentrant le plus souvent dans la catégorie des contrats innommés, recevra sa force obligatoire par l'exécution d'une des prestations convenues. Maintenant cette exécution consistera-t-elle forcément dans une dation? Nous croyons que le contrat peut fort bien se présenter sous une des trois autres formes de contrats innommés, aussi bien que sous la forme *do ut des*. On peut entendre dans ce sens la loi 45, D., II, 14, sans trop en forcer les termes. On est convenu, par exemple,

de faire une promesse de garantie. L'une des parties rendra le contrat exécutoire en donnant cette promesse par stipulation ; or, la stipulation est un fait et non une dation. Il peut y avoir, du reste, une foule de datations à exécuter par chacune des parties, et jointes à d'autres prestations. Il ne sera pas toujours nécessaire de procéder à plusieurs partages, à plusieurs échanges distincts. Un certain groupe de prestations, solidaires les unes des autres, pourra constituer un *facio* à fournir ou à recevoir.

Faut-il alors appliquer la théorie de la *conditio ob rem*, qui aboutit à la rescision de la convention non exécutée par les deux parties ? En règle générale, on la donne à celui qui le premier a exécuté, en s'engageant par stipulation, pourvu que l'autre s'en soit trouvé enrichi (L. I, § 2 et 3, D., XII, 7). Mais, ici, nous avons admis que tout fait pouvait engendrer le contrat de partage. D'autre part, les textes ne parlent jamais que de l'action *præscriptis verbis*, et, enfin, la *condictio ob rem* aurait ici des effets particulièrement graves. Si les héritiers sont nombreux, l'inexécution, même partielle de l'un à l'égard d'un seul des autres, remettrait tout en question. Car, l'héritier qui souffre de l'inexécution, a un droit indivis sur tous les objets ; ce droit indivis, il le reprend, et l'opération tombe forcément.

Reste la véritable action du contrat innommé, l'action *in factum* et de bonne foi, que les textes appellent *præscriptis verbis*. Elle a pour objet l'exécution du contrat. L'ancienne théorie, exposée par Celsus (l. 16, D., XII, 4), mettait les risques à la charge de celui qui avait reçu la prestation, en ce sens, que si l'objet qu'il devait fournir

en échange périssait par cas fortuit, il était exposé à se voir reprendre par la *conditio ob rem dati* l'objet par lui reçu. Dans la doctrine plus récente de Paul (l. 5, *in fine*, D., XIX, 5), le point de vue a changé, au moins au sujet de l'action *præscriptis verbis*, que nous avons seule à examiner : si je vous livre un esclave pour que vous m'en livriez un autre, par exemple, et si l'esclave que vous devez me fournir périt, je n'ai plus rien à réclamer. Telle est la doctrine que nous devons adapter au partage. Dès que l'une des prestations aura été accomplie, chacun des copartageants devra se contenter des objets que la convention lui a assignés, dans l'état où ils se trouvent lors de la livraison, s'il n'y a pas faute ou retard de ses cohéritiers.

CHAPITRE VII

EFFETS DU PARTAGE AMIABLE.

Le premier et le principal effet du partage amiable est de faire cesser l'indivision. Toutefois ce partage n'est pas en cela aussi absolu que le partage judiciaire ; car le partage judiciaire reste encore possible après le partage amiable, s'il reste des choses, à partager, ou des rapports d'obligation à régler (ll. 1 ; 15, C., III, 36). Le partage judiciaire, lui, est exclusif de tout autre partage judiciaire, et le juge (l. 20, § 4, D., X, 2) ne doit rien laisser indivis. Il ne peut être rescindé que par la voie de *l'in integrum restitutio ob dol um*, ou, plus généralement, il est soumis seulement aux mêmes causes d'infirmité que tout autre jugement.

Le partage amiable, une fois devenu contrat, produit pour toutes les parties l'obligation de délivrance translatrice de propriété, sauf pour les biens seulement possédés de bonne foi par les héritiers, d'après la possession du défunt. Avant Justinien, une *mancipatio* ou une *in jure cessio* peut donc être nécessaire.

En troisième lieu, nous trouvons les intéressés tenus de se garantir mutuellement de tous troubles et évictions (ll. 66, § 3, D., XXI, 2 ; 25, § 21, D., X, 2, 10, § 2, D., X, 3). Le principe se trouve dans 66, § 3, D., XXI, 2. La garantie étant la règle générale dans tous contrats, et

les développements de cette théorie étant surtout donnés à propos de la vente, c'est à ce contrat qu'il faut faire des emprunts, quand ni les textes, ni les principes de l'échange ne s'y opposent. — La garantie n'est pas due pour les objets, dont le défunt n'avait que la simple possession de bonne foi (l. 77, § 8, D., XXXI). Il en est toutefois autrement, s'il y a eu partage d'ascendant, et cela résulte alors de la volonté de l'ascendant que doit respecter le juge (même texte).

Les parties doivent se donner une promesse formelle de garantie (l. 7, C., III, 38), soit par *stipulatio*, soit par simple pacte ; à défaut, la garantie est due néanmoins, par l'action *praescriptis verbis*. Si c'est la stipulation qui a engendré la garantie, le montant de l'obligation en sera calqué sur les paroles de la promesse, comme dans tout contrat de droit strict. La garantie formelle est plus favorable que la garantie sous-entendue ; car la loi 7, C., III 38, visant spécialement le partage amiable, refuse toute action, à défaut de promesse spéciale, à celui qui a connu le danger d'éviction, à moins, bien entendu, qu'il y ait eu dol de l'autre partie. Il en serait autrement si une promesse était intervenue.

Suivant les règles de l'échange, pour réclamer l'exécution de la promesse il n'est point besoin d'attendre une éviction réelle (l. 1, pr., D., XIX, 4) ; le recours peut s'exercer, dès qu'on connaît le danger d'éviction.

La cause d'éviction doit être antérieure au partage (l. 7, C., III, 38) ; on obtient le *quantum interest*, la valeur de la chose lors de l'éviction (l. 66, § 3, D., XXI, 2).

Nous appliquerons les règles de la vente sur la stipu-

lation de non garantie. Cette stipulation est licite (arg. l. 11, § 18, D., XIX, 1), à moins que la partie qui livre ne connaisse personnellement la cause d'éviction.

Enfin chaque partie supportera l'indemnité en proportion de ses droits héréditaires, y compris la victime de l'éviction (l. 14, C., III, 36).

Quant à la garantie pour vices cachés, les textes n'en parlent pas. Ici, vu leur qualité de parents ou amis du défunt, les héritiers sauront le plus souvent à quoi s'en tenir sur la qualité des objets, qu'ils détiennent, du reste, depuis un certain temps. Que si, par exception, il y avait lieu d'admettre cette garantie, nous croyons que rien ne s'y opposerait, puisqu'elle trouve place dans la matière de l'échange (l. 2, D., XIX, 4), et que, du reste, elle servirait à assurer l'égalité entre co-partageants.

Enfin, le partage substitue au droit indivis de chacun, droit qui portait sur toute la masse, un droit divis sur les objets mis dans son lot. A ce point de vue, il y a lieu de se demander quelle est l'idée juridique qui, aux yeux des Romains, explique cette transformation. Nous avons répondu par avance en citant tous les textes qui font du partage un échange ; l'opération s'analyse en une *permutatio*, eût-elle même revêtu la forme de la vente ou de l'action en justice.

Le partage, à Rome, contrairement à nos idées actuelles, est translatif, et non déclaratif, ce qui est plus conforme à la nature des choses. Aussi, ne lit-on pas sans étonnement une consultation de Trébatius, jurisconsulte contemporain de César, où il contredit une décision de Labéon sur l'effet translatif. Un mari, possédant

un immeuble par indivis avec un tiers, en a légué l'usufruit à sa femme ; à la mort du mari, son héritier demande le partage contre l'autre communiste. Le juge partage en nature, et Trébatius refuse à la femme tout droit sur la partie échue au tiers communiste. En revanche il lui donne l'usufruit de toute la portion échue à l'héritier. Un tribunal français ne statuerait pas autrement. Peut-on admettre qu'un jurisconsulte d'une époque aussi ancienne devance tellement son époque qu'il admette l'effet déclaratif ? C'est peu probable ! A cette époque, le droit strict dominait encore, et rien n'autorise à croire que, si le partage avait attribué tout l'immeuble au tiers associé, l'on eût accordé à la femme la moindre part de son droit. Si l'usufruit grève le seul héritier, c'est probablement comme représentant de la personne de son auteur ; comme tel, il est tenu dans une certaine mesure d'accomplir ses désirs. On se rapproche autant que possible de la volonté du testateur. C'est pourquoi, si le partage était successoral, on peut conjecturer que l'intention du testateur eût été exécutée telle quelle. Labéon repousse cette doctrine ; car, dit-il, le juge n'a pu changer la nature du droit.

Conséquences de l'effet translatif : 1° celle que nous venons de voir : si un cohéritier a à sa charge un legs d'usufruit, ou s'il a lui-même grevé sa part d'une servitude personnelle divisible, le droit de l'usufruitier portera sur cette même part, en quelques mains qu'elle passe par l'effet du partage ; si le fonds a été attribué par moitié aux deux cohéritiers, la moitié indivise de chaque part devra cet usufruit ; 2° il en serait de même de toute

hypothèque, consentie pendant l'indivision par un cohéritier sur sa part (ll. 3, § 2, D., XX, 4; 6, § 8 et 9, D., X, 3; 1, D., XX, 6); une application fort curieuse de cette idée est donnée par la loi 3, § 2, D., XX, 4: *Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quæsitâ partis partem dimidiam alter distraheret: pignus intelligi contractum existimavi: sed priorem secundo non esse potiore: quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.*

Deux frères sont dans l'indivision; l'un deux engage sa moitié indivise; puis l'on procède au partage; après quoi, l'on convient que si le débiteur n'a pas libéré son gage, l'autre frère sera autorisé à vendre la moitié de la part que le frère débiteur a reçue en partage; le jurisconsulte voit là, sur cette moitié, une seconde mise en gage, mais au profit du frère créancier, et le second créancier, contrairement à la règle générale, semble-t-il (ll. 2; 4, C., VIII, 18), passera avant le premier, parce que la moitié sur laquelle porte le second gage, ne pouvait être aliénée par le débiteur au delà de sa part sans le consentement de l'autre communiste. Ainsi, le premier des deux frères, l'engagiste, est son auteur pour la moitié de la part que le partage lui assigne; pour cette moitié, l'autre est exposé à une éviction, et, alors, il aura le droit, à titre de compensation de faire vendre la moitié de la part de son frère. On considère cette moitié comme

émanant du frère non débiteur, en vertu de l'effet translatif ; par suite, elle n'a pu être grevée sans son consentement ; aussi, sur cette moitié, passera-t-il avant le premier créancier, et on aboutira ainsi à lui faire obtenir une moitié de l'immeuble intacte ; c'est, en définitive, le résultat que produirait l'effet déclaratif ; mais, le moyen est beaucoup plus détourné et compliqué.

3° Nous arrivons à des conséquences plus spéciales au partage successoral ; du caractère translatif, les interprètes ont conclu, malgré le silence des textes, mais conformément aux principes, que si l'on a partagé un bien possédé de bonne foi par le défunt, chaque cohéritier pourra, pour la part qu'il tient de lui-même, joindre à sa possession celle du *de cujus*, comme son représentant, sans être tenu de remplir lui-même les conditions nécessaires à l'usucapion. Il doit être personnellement en situation d'usucaper, pour les portions qu'il tient de ses cohéritiers.

4° Justinien a introduit (l. 1, C., VI, 43 ; 2, Inst., II, 20) l'hypothèque des légataires sur les biens de la succession. Chaque héritier n'est tenu hypothécairement du legs que pour sa part héréditaire ; mais comme l'hypothèque est indivisible, il continue, après le partage, à en être grevé pour la totalité du legs, sur la part qu'il tient de lui-même dans les objets reçus ; d'autre part, le partage étant translatif, il sera traité de même pour les portions qu'il tient de ses cohéritiers ; de sorte que tous les biens qui lui adviennent, répondent de la totalité du legs.

CHAPITRE VIII

RESCISION DU PARTAGE AMIABLE.

Erreur. — Erreur purement matérielle: elle doit être simplement réparée (l. 1, § 1, D., XLIX, 8). Il en serait de même, croyons-nous, d'une erreur sur la quotité du droit d'un héritier. Car, aux termes de la loi 7, D., XXI, 6: *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus: suum vero petentibus non nocet*. Or, on ne réclame ici que son bien. — L'erreur peut porter sur l'évaluation des objets: elle se confond alors avec la lésion. — Erreur sur la chose: ou bien on a compris indûment au partage une chose qui n'appartenait pas au défunt, et, en ce cas, il y a lieu à garantie; ou bien, on a oublié d'y faire figurer des objets qui devaient y être compris et il y aura lieu à un supplément de partage, le partage amiable étant renouvelable, à la différence du partage judiciaire. — Erreur sur la personne: si on a omis au partage une personne qui devait y figurer, cette personne aura la ressource de l'action *familiæ erciscundæ* pour faire valoir ses droits, ce qui anéantira le partage amiable. Si, au contraire, on a partagé avec une personne qui passait à tort pour héritier, le partage sera nul (l. 36, D., X, 2); car il y avait une fausse croyance à l'obligation de contracter. Le partage judiciaire serait

nul également; mais si l'on avait payé en exécution de la sentence, on ne pourrait le répéter (l. 36, D., X, 2); car, l'action *judicati* est au double, et l'on n'admet pas la répétition de ce qui a été payé en vertu d'une action donnée au double.

Dol et violence. — Il y aura lieu à restitution *in integrum*; ces deux moyens peuvent aussi être invoqués par la partie lésée, à titre d'exceptions ou de répliques, quand il s'agira d'exécuter le partage (l. 35, D., II, 14).

Age. — L'*in integrum restitutio* est admise en cas de lésion au profit des mineurs de 25 ans (l. 1, § 1, D., IV, 4; 2; 3, C., II, 25; 57, D., X, 2).

Lésion. — Enfin, le partage amiable est-il rescindable pour cause de lésion? Tout d'abord le partage d'ascendants échappe forcément à cette cause de rescision, car, on ne peut arguer de lésionnaire un acte, où l'ascendant avait le droit de réduire un héritier à sa légitime, si celle-ci n'est pas en cause. Pour le partage entre héritiers seuls, la question s'est posée à propos de la constitution 3, C., III, 38, de Dioclétien et Maximien, les mêmes qui ont introduit la lésion pour vente, au profit du vendeur. Voici notre constitution: *Majoribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonæ fidei iudiciis, quod inæqualiter factam esse constiterit, in melius reformatur.*

Certains auteurs, en minorité, admettent la rescision au profit de l'acheteur et du coéchangiste; ceux-là n'ont même pas besoin de la constitution de Dioclétien pour

introduire ici la lésion ; mais, leur doctrine est inadmissible en présence des termes de la loi 2, C., IV, 44.

D'autres considèrent notre loi, comme établissant la rescision pour lésion ; ils rapprochent de cette constitution la l. 1, C., III, 38, qui assimile le partage à une vente ; d'autre part, cette constitution émane précisément des mêmes empereurs, qui ont fait de la lésion une cause de rescision de la vente ; enfin quoi de plus naturel que cette cause d'invalidation d'un partage ? N'y a-t-il pas là un acte, où l'égalité soit des plus rigoureusement nécessaires ? On peut tirer à *fortiori* de la vente, où la spéculation joue un plus grand rôle.

A l'appui de l'opinion contraire, on fait valoir les considérations suivantes : en principe, un contrat n'est pas rescindable pour lésion ; il faut un texte pour l'admettre ; or, la constitution en question est loin d'être formelle. Quand Dioclétien vient décider que la vente sera désormais rescindable pour lésion, il le dit en termes exprès ; ici, cela ne vient qu'à titre incident, et dans les termes, où s'exprime la loi, il faudrait l'entendre de tous les contrats de bonne foi, ce que personne ne soutient. Ces mots *in melius reformabitur* s'appliqueraient à la *restitutio in integrum ob dolum et fraudem* dont s'occupe seule la première partie du texte. Enfin la constitution a été certainement remaniée, et on la retrouve au Code Grégorien (4, C. Grég., Fam. Erc., III, 4) : *An divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae, praesente parte diversa, diligenter examinabit, et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando*

etiam majoribus in perperam factis divisionibus solent subveniri, quod improbum atque inaequaliter factum esse, constiterit, in melius reformabit. Ici, la constitution s'applique tout naturellement au dol, et pas à autre chose. Sans doute le partage est digne de la sollicitude de la loi ; mais, ce n'est là qu'une objection législative, et les empereurs n'ont pu oublier leur réforme sur la vente ; s'ils n'ont rien dit, c'est qu'ils n'ont pas voulu innover. Du reste, leur constitution ne fixerait aucun taux pour la lésion. Auquel s'arrêter dès lors ? Aussi les interprètes sont-ils en désaccord, les uns voulant le quart, les autres la moitié, d'autres enfin prenant en considération toute lésion (il faut remarquer que la constitution 2, C., IV, 44, qui innove en matière de ventes, a été abolie sous Théodose, et rétablie seulement par Justinien).

Nous n'admettons, pour notre part, aucun de ces systèmes, tous trop absolus. Persévérant dans la voie que nous avons suivie jusqu'ici, nous remarquerons que les textes ne donnent jamais de décision absolument spéciale au partage, mais lui attribuent les effets de la vente ou de l'échange. Par suite, nous distinguerons : si le contrat s'est fait par échange, il n'y aura pas à tenir compte de la lésion ; du reste, chaque partie y joue le rôle de vendeur. Au contraire, si le partage a été fait par vente, la lésion sera une cause de nullité, comme dans toute autre vente ; la possibilité de ce dernier cas expliquerait alors les paroles des empereurs, qui ont pu faire illusion à quelques auteurs. Notre système maintient

ainsi de tous points le droit commun. Le motif rationnel en est qu'on songe naturellement à protéger un héritier, qui va se dépouiller de tous ses biens de famille, de préférence à celui qui en a sa part, et, par suite, se trouve sur un pied d'égalité avec ses copartageants.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ÉGALITÉ ENTRE HÉRITIERS

AU POINT DE VUE
DE L'ATTRIBUTION DES BIENS EN NATURE

En droit Romain, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* jouit d'une très grande latitude dans son pouvoir d'adjudication ; le principe est, qu'il doit statuer *ex æquo et bono* (20, Inst., IV, 6, *de actionibus*). Si quelque objet se trouve être incommodément partageable, il l'adjuje à l'un des héritiers, en lui ordonnant de payer une soulte à ses cohéritiers (4, Inst., IV, 17, *de officio judicis* ; 55, Dig., X, 2, *familiæ erciscundæ*) ; de même, tout copartageant, qui reçoit dans un bien une part plus forte que les autres, doit les indemniser par une somme d'argent. Le juge peut aussi fractionner entre les intéressés les objets indivis ; il n'a à consulter que l'équité et l'intérêt bien entendu des communistes. — La *collatio*, dans les cas où elle a lieu, s'opère, au choix du donataire, en nature ou en moins prenant (l. 1, §§ 9, 11 et 12, Dig. XXXVII, 6). Le partage en nature n'est donc jamais, à Rome, une règle obligatoire pour le juge.

Les pays de droit écrit suivent, en général, la législation romaine.

En droit coutumier, au contraire, on veille, avec une grande rigueur, à ce que l'égalité, quand il n'y a en jeu ni privilège de *primogéniture* ni de *masculinité*, soit complète, et à ce que chaque héritier soit apportionné en mêmes espèces de biens. Lebrun (*Traité des successions*, l. IV, chap. 1, n° 42), nous dit : « Les enfants doivent être traités également quant à la composition et la distribution des lots », et Pothier ajoute, dans son *Traité des successions*, chap. IV, art. 1^{er}, § 8, dont nos articles 826 et 832 reproduisent à peu près les termes, et dans le même ordre : « Chacun des cohéritiers peut demander à avoir sa part en espèces des meubles de la succession, aussi bien que des immeubles » ; il admet cependant un tempérament, qui s'est introduit dans notre Code avec la règle elle-même : « Le commissaire, qui compose les lots, doit morceler le moins qu'il peut les héritages de la succession. » C'est ce que répète aussi Lebrun, dans le passage précité, où il fournit des exemples ; ainsi le douaire doit se prendre sur une pièce entière ; l'héritier réservataire ne peut prétendre à ses quatre quints dans chacun des propres, mais dans leur ensemble.

Pothier indique une autre restriction, qui n'est pas rappelée dans le Code : « On doit observer, dit-il, de composer les lots d'héritages de proche en proche ». Malgré le silence de nos lois, celui qui opère le partage devrait se conformer à ce principe, toutes choses égales d'ailleurs.

Les lots sont, en général, tirés au sort ; cependant

cette forme n'est pas abolument obligatoire, et Pothier lui-même ne se montre pas très affirmatif en ce sens ; dans certaines coutumes, l'aîné fait les lots, et le plus jeune choisit. S'il y a des biens nobles, ou si les biens n'ont pas tous la même origine (propres ou acquêts), chaque masse revenant à des héritiers distincts, on fait autant de partages qu'il y a de masses.

On explique la rigueur de ces dispositions sur le lotissement en nature, par le principe de la conservation des biens dans les familles. Sans doute, ce même principe a, par ailleurs, engendré des institutions qui vont tout au rebours de l'égalité : pour perpétuer le nom et la richesse d'une famille, on concentre, autant que possible, sa fortune entre les mains d'un seul privilégié ; l'on redoute l'émiettement des grands patrimoines. Mais une fois cette idée hors de cause, on se retrouve en présence du principe d'égalité, et dans l'ancien droit, on ne conçoit pas l'égalité autrement qu'en nature, étant donnée l'importance qu'on attachait à la distinction des biens. Les auteurs de l'époque y ajoutent cette considération, qui ne serait plus de mise aujourd'hui, qu'un enfant apporcionné en argent ou en créances seulement, se trouverait dans une situation bien inférieure, par rapport à ceux qui ont obtenu des biens-fonds ; ils auraient même peine à vivre avec ce qu'ils ont reçu ; car, comment en obtenir le placement ? Le prêt à intérêt était interdit, et, pour la même raison, les créances sur particuliers étaient d'un faible profit. Les rentes et les offices, qui constituent actuellement un élément fort im-

portant de la fortune mobilière, grossissaient à ce moment le nombre des immeubles.

Pour compléter ces dispositions, l'ancienne législation en contenait plusieurs sur le rapport en nature. Les immeubles seuls sont rapportables en cette forme, à l'exception, toutefois, des offices ; les meubles doivent être rapportés en moins prenant, parce qu'ils se détériorent par l'usage. — Le rapport des immeubles se fait donc en espèces, sur le pied de leur valeur au moment du partage. Sur ce dernier point cependant, il y avait controverse. Quelques auteurs, comme Chopin, voulaient qu'on choisît le moment de la donation ; d'autres avec Voët, se plaçaient à l'époque du décès. L'opinion générale est la première de celles que nous avons indiquées, et on peut citer, en ce sens, deux arrêts du Parlement de Paris du 3 mars 1551 et du 12 janvier 1616, cités par Ferrières sur l'article 305 de la coutume de Paris. Tel était également l'avis de Pothier (*Successions*, chap. IV, art. 2, § 7) et de Lebrun (*Successions*, liv. III, chap. 6, § 27). Dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Sens et quelques autres, on remonte au jour de la donation pour apprécier la valeur rapportable.

Les bénéficiaires du rapport doivent rembourser à l'héritier les impenses utiles ou nécessaires qu'il a pu faire sur le bien donné, et, à défaut de remboursement, la loi accorde au donataire, non un simple droit de rétention, comme le fait notre article 867, mais la faculté de garder l'immeuble, sauf à moins prendre, ce que Pothier appelle à tort *le droit de rétention*. Le rap-

port en moins prenant est encore admis : 1° lorsque l'immeuble a péri par la faute du donataire ; 2° s'il se trouve dans la succession des immeubles de même valeur et bonté, dont puissent se payer les autres héritiers ; 3° quand le donataire a aliéné l'immeuble donné. Il y a lieu, il est vrai, en ce cas, de distinguer l'aliénation nécessaire et l'aliénation volontaire ; mais ces distinctions n'ont trait qu'à la détermination de la valeur à rendre ; quelle que soit la nature de l'aliénation, on n'inquiète pas le tiers acquéreur, afin, dit Pothier, d'éviter des recours en garantie contre le donataire.

Dans les coutumes de *préciput*, comme on admet la dispense de tout rapport on permet la dispense moindre de rapport, en nature ; mais, dans les coutumes d'égalité parfaite et de simple égalité, à Paris notamment, le donateur n'est pas plus autorisé à affranchir son successible du rapport en nature que du rapport lui-même (Pothier, *Successions*, chap. IV, art. 2, § 7). Cette rigueur n'est peut-être pas excessive, si l'on songe que le rapport n'a lieu qu'en ligne directe descendante.

Pour les meubles, le désaccord éclate entre Pothier et Lebrun. Lebrun, *Successions*, l. 3, chap. 6, n° 34, distingue entre les choses qui ne se consomment pas par l'usage et dont on doit la valeur au temps du partage, et celles qui se consomment, dont on doit le rapport, eu égard à leur état lors de la donation et à leur valeur au moment du partage. Lebrun est suivi par Duplessis, liv. 3, chap. 6, sect. 3. Pour Pothier, il faut toujours se reporter au jour de la libéralité, et l'on est redevable de la valeur, que possé-

dait alors le meuble. Un arrêt du 9 décembre 1653, cité par Basnage, avait consacré cette opinion. Ferrière, sur l'article 305 de la coutume de Paris, exige toujours l'estimation au temps du partage, tout en permettant au donataire de rapporter en espèce.

Pour terminer l'exposé de notre matière dans l'ancien droit, mentionnons une controverse sur la rescision pour lésion dans le partage : il s'agit du supplément à fournir par l'héritier qui désire le maintien du partage. Dumoulin et Lebrun, l. 4, ch. 1, n° 62, exigent, pour parfaire la juste part, que ce supplément soit fourni en corps héréditaires. Pothier se contente d'une offre en argent, ou même en héritages, étrangers à la masse.

Pendant la période intermédiaire, nous ne trouvons, en ce qui nous concerne, que quelques dispositions sur les rapports dans la loi de nivôse an II : en cas d'aliénation, les biens doivent être rapportés en moins prenant, d'après l'inventaire ou état annexé à la donation ; à défaut d'état, d'après la valeur au jour de la libéralité. Si les biens existent en nature, les héritiers les prennent dans l'état où ils se trouvent lors du partage.

Le Code civil a évidemment voulu assurer à chaque héritier la même part en meubles, immeubles et biens incorporels : c'est ce qui résulte de l'ensemble de ses dispositions, très concordantes sur ce point. L'intention des rédacteurs apparaît dans ces paroles de Treilhart (Exposé des motifs, Fenet, t. XII, p. 158) : « Le rapport doit être fait en nature, s'il est possible... Chaque héritier doit avoir sa juste part dans la masse à diviser : la jus-

tice peut être violée, en donnant moins, ou en donnant des effets de moindre qualité et valeur ; » et M. Chabot (rapport au Tribunat, du 26 germinal an X, Fenet, t. XII, p. 210) : « Il n'est question, dans un partage, que d'attribuer à chacun la juste valeur de ce qui lui appartient et de ce qu'il possédait auparavant par indivis.—Il faut donc que l'égalité règne dans les partages ; elle y est rigoureusement nécessaire, et toutes les conséquences qui en résultent doivent être maintenues avec soin. Ainsi, chacun des cohéritiers ayant également son droit sur chaque espèce de biens de la succession, chacun d'eux peut demander sa part en nature des meubles et immeubles », etc.

De tout ceci, il résulte pour nous, étant donnés les arguments mis en avant dans ces passages, que rien dans ces règles, n'est motivé par des considérations de famille ; sauf les règles du rapport des libéralités, spéciales aux successions par la force des choses, toutes ces dispositions sont applicables à tous copartageants. La loi elle-même évite de s'étendre sur les partages de communautés et de sociétés, et renvoie au chapitre VI du titre des successions. On se trouve en présence de personnes, ayant acquis, à la suite de certains événements, des droits indivis, égaux ou inégaux, dans une masse. Ces droits, transformés en droits divis par le partage, doivent se retrouver pour chacun dans la même proportion.—Étant donné cette idée, aucun principe d'ordre public ne s'oppose à ce qu'on déroge à ces dispositions, par convention expresse ou tacite. Si le Code exige strictement le maintien de l'égalité en nature, il ne l'impose pas d'une manière impérative.

Nous diviserons notre étude en deux parties, dans lesquelles nous étudierons successivement le partage en lui-même, puis les modifications que fait subir au partage en nature l'institution des rapports. Dans un appendice, nous traiterons du cas où des questions de réserve se trouvent mêlées à celles de partage.

PREMIÈRE PARTIE

PARTAGE SOUS SA FORME LA PLUS SIMPLE

Il faut se demander : 1° quelles mesures le Code a prises, pour assurer l'égalité dans le partage en nature ; 2° quelles sont l'étendue et la portée des règles des articles 826 et 832, 2° alinéa ; 3° enfin quels biens l'on peut et l'on doit partager en nature.

CHAPITRE PREMIER

MESURES DESTINÉES A ASSURER A CHAQUE HÉRITIER UN ÉGAL LOTISSEMENT EN NATURE.

Les parties, présentes et maitresses de leurs droits, peuvent partager comme elles l'entendent. Le partage se fait alors à l'amiable et est susceptible de toutes les combinaisons, que peuvent imaginer les parties. Les règles, que nous allons passer en revue, ne sont donc obligatoires que pour le partage judiciaire, qui est de rigueur, si, parmi les copartageants, il se trouve des incapables

ou des non-présents, ou si un seul refuse de procéder amialement.

Dans l'ordre chronologique des opérations, nous rencontrons d'abord les dispositions essentielles des articles 826 et 832, qui feront l'objet d'un examen plus détaillé dans notre chapitre II : chaque lot doit, autant que possible, comprendre des biens de même nature, meubles, immeubles ou créances ; la sanction se trouve et dans l'article 835, qui admet les intéressés à formuler, avant le tirage au sort, leurs réclamations contre la composition des lots, et dans l'article 840, qui réduit le partage à n'être qu'un partage provisionnel ou de jouissance, si l'on n'a pas observé les formes précédentes, y compris, bien entendu, celles des articles 826 et 832. Un tel partage est essentiellement précaire, les parties pouvant, à tout moment, demander le partage définitif.

Comme corollaire à ces règles, l'article 834 vient y ajouter le tirage au sort. L'impartialité de celui qui fait les lots pouvant toujours être contestée, et parfois avec juste raison, la meilleure manière d'assurer cette impartialité était de s'en remettre au sort ; c'est en même temps une garantie d'égalité dans les lots, puisque celui qui les fait n'a plus aucun intérêt à favoriser l'un ou l'autre.

Il doit être composé autant de lots, qu'il y a d'héritiers ou de souches copartageantes. Cette prescription ne présente aucune difficulté, si tous les héritiers ont droit à des quote-parts égales dans la masse. Mais il peut se faire que la quotité du droit héréditaire ne soit pas la même pour tous, ce qui se produira, si un héritier a reçu un legs précipitaire à titre universel, si une ligne com-

prend plus d'héritiers que l'autre, si le défunt laisse des enfants naturels, ou enfin, lorsqu'un ascendant privilégié vient concourir avec les frères et sœurs.

En pareil cas, le partage d'attribution est-il possible ? Ce mode serait évidemment alors le plus équitable. Mais, le tirage au sort étant impérativement exigé, sans distinction aucune, par l'article 834, comme mesure tutélaire de l'égalité entre héritiers, il n'est pas permis de s'en écarter sans une disposition formelle. Dès que les parties ne sont plus d'accord, ou qu'il se trouve parmi elles un incapable, le procédé de l'article 834 s'impose ; le juge n'a plus les pouvoirs qu'il possédait à Rome (voir en ce sens Aubry et Rau, t. VII, p. 547 et suiv. ; Demolombe, t. XV, p. 686 ; Cas., 19 mars 1844, D., V^o *Succession*, n^o 1836, 3^o).

Cette voie nous étant fermée, il faut encore choisir entre les divers modes, compatibles avec le tirage au sort. On pourrait procéder par prélèvements, opérés en faveur de ceux dont le droit est plus fort, et diviser le surplus en lots égaux. Mais, cette solution revient, en partie, à la précédente que nous avons rejetée ; elle amènerait à un partage d'attribution partiel ; de quel droit soustraire certains biens au partage, et sur quel article fonder ces prélèvements ? Il ne s'agit plus de biens à prendre comme compensation de biens de même nature, possédés par les autres. Quel serait, ici, le point de comparaison ? En quelle sorte de biens se feraient de préférence ces prélèvements ? La loi ayant laissé le cas en dehors de ses prévisions, il n'y aurait, dans cette attribution, nulle ga-

rantie contre l'arbitraire, et l'égalité s'en trouverait compromise.

Restent alors deux systèmes en présence : le premier, qui sera souvent le seul praticable, consiste à ménager autant de lots, qu'il y a d'unités dans le dénominateur commun des fractions d'héritage, réduites préalablement au même dénominateur. Chaque cohéritier obtiendrait un nombre de lots, égal au numérateur de la fraction qui correspondrait à son droit héréditaire. Ainsi, supposons un enfant naturel et deux enfants légitimes. L'enfant naturel doit avoir le tiers de ce qu'il aurait eu, s'il eût été légitime. Légitime, il eut obtenu un tiers, naturel, il aura le tiers d'un tiers, ou $1/9$. Les $8/9$ restant se partageront entre les deux autres, qui obtiendront chacun $4/9$. Les fractions indivises seront donc respectivement $1/9$, $4/9$, $4/9$. On fera neuf lots, dont un seul reviendra à l'enfant illégitime, les autres en obtenant chacun quatre.

Ce système a l'avantage, de remplir chaque héritier de ses droits en espèce. Mais, d'autre part, le sort est aveugle, et peut venir jeter la perturbation dans des combinaisons, qui pourraient être fort avantageuses à l'un sans nuire le moins du monde à ses copartageants. Ainsi, la succession comprend deux groupes d'immeubles contigus, à peu près équivalents ; il conviendrait à l'un comme à l'autre d'avoir ses propriétés d'un même côté ; or, le hasard disjoindra le plus souvent les biens, et un même lot pourra ainsi comprendre des immeubles, situés même en pays différents. D'ailleurs, le morcellement infini, contraire à la pensée de la loi, serait la conséquence inévitable de cette doctrine.

Aussi, a-t-on cherché un autre procédé, qui ne serait applicable que si le lot le plus fort n'était pas supérieur à la moitié de la masse. On préparerait plusieurs lots, numériquement égaux au lot le plus fort; puis on les subdiviserait, conformément aux droits des autres. Soit un héritier, qui se présente pour une moitié; deux autres, pour un quart chacun; on composera deux lots, qui se tireront entre l'héritier favorisé et le groupe de ses co-successibles; l'on procédera ensuite à une subdivision, toujours par la voie du sort, du lot échu à la collectivité de ces derniers: tel est l'avis de M. Demolombe (t. XV, n° 683), et de MM. Demante et Colmet de Santerre (*Code civil*, t. III, n° 136 *bis*). Dans ce système, on laisse au moins au magistrat le choix entre l'un ou l'autre moyen. On argumente surtout en ce sens des inconvénients qu'entraîne le mode précédent, qui a pour résultat de disséminer les biens, appartenant à un même propriétaire.

Il faut répondre d'abord, que la solution proposée par M. Demolombe n'est pas toujours possible. Mais elle se heurte, de plus, à une grave objection: ce mode de partage blesse profondément l'égalité, au cas où l'un des lots formés en premier lieu serait susceptible d'un sous-partage, l'autre étant indivisible. Reprenons notre exemple: l'un des deux lots formés est indivisible, et justement c'est celui-là qui a été attribué au groupe des deux héritiers, dont chacun avait droit au quart. L'héritier de moitié va garder son lot en nature, tandis que les deux autres seront tenus de liciter, le bien étant impartageable entre eux; l'un d'eux au moins devra se contenter d'une somme d'argent. Au contraire, si tout

est licité, tous les co-partageants courant un risque égal de perdre le bien, l'égalité subsiste.

Aussi, les auteurs, dont nous combattons la doctrine, font-ils généralement une concession dans cette hypothèse, pourvu que les apportionnés les plus faibles aient quelque intérêt à s'opposer aux partages successifs. Mais il reste toujours que, dans un partage opéré sur une quote part de l'hérédité, la facilité de former des lots à la convenance de chacun est moins grande que s'il n'y avait qu'un seul partage. On peut ajouter qu'en notre cas, les immeubles peuvent être dits *impartageables* ; car, il faut entendre ce mot, dans l'article 827, *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire par référence à l'article 831, qui ordonne la formation d'autant de lots, qu'il y a de copartageants. Si l'on ne peut les former commodément, ainsi que cet article le prescrit, il y a lieu d'appliquer l'article 827 (en ce sens, MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 548 ; Cassation, Sirey, 1826 ; 1, 414 ; Bordeaux, Sir. 1830, 2, 94).

Avec le système que nous avons adopté, il y aura le plus souvent lieu à licitation, et les tribunaux pourront ainsi donner satisfaction à l'article 832, 1^{er} alinéa, qui réproouve le morcellement.

On a voulu au moins essayer de préconiser le système des partages multiples, au cas particulier, où la diversité de droits a pour cause une inégale répartition des successibles entre les lignes paternelle et maternelle. On est tenté alors, d'invoquer l'article 733, qui divise lui-même la succession en deux branches.

Chaque ligne, en vertu de cet article, forme une bran-

che distincte qui se comporte à part. Il est logique de suivre cette division jusqu'au bout. De même qu'on sépare la succession en deux, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit des héritiers, de même il faudra maintenir cette division primordiale, quand on arrivera au partage, qui ne fait que sanctionner ces droits, en les cantonnant sur les divers objets de la succession. Il y a là quelque chose de tout à fait analogue au partage par souches, et, pour les souches, nous avons un article bien formel, l'article 831.

C'est à tort, suivant nous, qu'on cherche la solution dans une combinaison des articles 733 et 831 : le premier fait partie d'un chapitre qui détermine seulement la quotité des droits des héritiers, et n'a nullement trait au partage ; on ne peut rien en déduire quant à celui-ci. L'article 831, relatif au partage, ne s'occupe aucunement, par contre, de la fente ; il parle de souches copartageantes ; et ce mot *souche*, en matière de successions, a eu de tout temps un sens technique : il désigne très clairement le cas de représentation. Or, la représentation a pour but de faire monter le représentant dans tous les droits du représenté, et n'a lieu qu'en ligne directe descendante. Les représentants d'une personne, si nombreux qu'ils soient, ne comptent que pour cette personne et comme elle. Aucun texte ne reproduit rien de pareil pour les représentants d'une ligne ; on rentre donc dans le droit commun ; il n'y a plus que des droits individuels. Dans le chapitre VI, seul relatif au partage, il n'est plus question de ligne ni de parenté ; l'arti-

cle 831 nous oblige seul à faire une exception, qu'en l'absence de ce texte nous n'aurions pas admise.

La sanction de l'article 834 est la même que celle des articles 826 et 832 : le partage qui n'aurait pas été effectué par tirage au sort, quand la loi le déclare obligatoire, ne vaudrait que pour la jouissance.

Enfin, l'article 892 concourt encore dans une certaine mesure à garantir le lotissement en nature. Le partage contenant une lésion de plus du quart pour l'un des héritiers, cet article permet à celui qui veut éviter un nouveau partage de se soustraire à la rescision, moyennant offre du complément de la juste part. Ce complément peut sans doute être fourni en numéraire, auquel cas l'égalité en valeur est seule rétablie. Cette faveur faite au défendeur à l'action en rescision a pour cause l'intérêt des tiers, et l'art. 892 se présente ainsi comme l'analogue de l'article 860. On veut éviter aussi des recours en garantie de la part d'un acquéreur évincé.

Mais, si le défendeur ne parfait pas le lot de son cohéritier en argent, il ne peut plus le faire que d'une seule manière : il doit lui offrir le complément en corps héréditaires ; c'est le mode normal, et si la loi, pour des motifs spéciaux, permet de s'acquitter en numéraire, il faut respecter les termes de l'exception. On ne peut donc admettre que le défendeur offre des immeubles ou des meubles autres que le numéraire, s'ils n'appartiennent pas à la masse. Si le défendeur opte pour l'abandon de corps héréditaires, on se rapprochera singulièrement du partage en nature ; toutefois, même en cette hypothèse, il pourra se présenter encore quelque

différence entre l'allotissement, ainsi réparé, et celui qu'eût fourni un partage normal et équitable ; car il faut bien laisser au défendeur le choix des biens de succession qu'il proposera, puisqu'il pouvait faire moins, en ne donnant que de l'argent, et que l'article 891 ne contient aucune exigence à cet égard ; il cédera tels biens, meubles ou immeubles, qu'il lui plaira, et il consultera plutôt ses propres convenances que celles du demandeur. M. Demolombe (t. XVII, n° 462) pense qu'il doit suivre pour ce choix les règles générales du paiement (articles 1244-1246) ; tout en étant au fond partisan de l'extension de ces règles à notre espèce, nous aimons mieux dire que le juge, statuant d'après l'équité, puisera le plus souvent ses éléments de décision dans ces articles, empêchant que le choix ne dégénère en abus ; mais ils ne sont pas applicables directement ; car, il ne s'agit ni de paiement ni de dation en paiement proprement dits.

CHAPITRE II

PORTÉE DU PRINCIPE DES ARTICLES 826 ET 832, 2^e AL.

Les héritiers ayant été copropriétaires par indivis de chacun des biens de la succession, l'égalité idéale exigerait que chacun obtint, dans chaque objet de la masse, une part proportionnelle à la quotité de ses droits dans l'hérédité. Mais ceci suppose nécessairement que tous les biens soient divisibles, ce qui est loin d'être le cas normal ; la plupart des objets mobiliers résistent à cette division. Elle est difficile à réaliser pour certains immeubles, dont toutes les parties concourent à une même exploitation ; souvent, sans être absolument impossible, elle doit être évitée comme amenant de notables dépréciations dans les biens. Aussi, l'article 827 remplace-t-il, en pareille circonstance, le partage par une licitation devant le tribunal ou devant notaire, suivant les cas. Le Code va-t-il plus loin ? On l'a prétendu. L'article 832, 1^o, recommanderait d'éviter, autant que possible, le morcellement des héritages et la division des exploitations, alors même que l'immeuble serait commodément partageable ; il ne serait applicable que si l'article 827 était hors de cause ; autrement la disposition impérative de l'article 827 ne cadrerait guère avec les termes de l'article 832, « *on doit, autant que possible, etc* ». D'autre part, la loi ne se préoccupe véritablement de la composition des lots qu'à

partir de l'article 831 ; le principal souci du législateur est donc d'éviter le morcellement, qui peut devenir funeste à l'industrie et à l'agriculture, comme à l'intérêt bien entendu des héritiers. La conséquence de ce système serait que l'article 832, 1^o, constituerait la règle ; on ne verrait que des exceptions à ce principe dans l'article 826, qui ordonne l'attribution à chaque copartageant de sa part en nature, et dans l'article 832 premier alinéa, qui le précise, en prescrivant une égale composition des lots en biens de toute espèce (en ce sens, conférence de M. Glasson, rapportée dans la *Réforme Sociale* de 1889, 2^e semestre, p. 221).

Nous admettrions aisément cette manière de voir, si nous n'avions les travaux préparatoires. Le rapport de M. Chabot au Tribunal du 26 germinal an XI (Fenet, t. XII, p. 210) déclare, que la loi attribue d'abord à chaque héritier une part dans tous les biens de la succession. Elle ne s'arrête que si la distribution ne peut avoir lieu sans morceler les héritages, ni diviser les exploitations. Mais, au moins, ajoute Chabot, en pareil cas, l'on doit faire entrer, s'il se peut, dans chaque lot la même quantité d'immeubles, meubles et créances. D'autre part, le Code, ne dispense du rapport en nature, que s'il se trouve dans l'hérédité des biens de même nature pour dédommager les autres copartageants ; toute autre considération, notamment celle qu'on pourrait tirer de convenances personnelles, ne saurait prévaloir.

Le morcellement doit être évité, tant que le partage en nature reste possible pour tous, c'est-à-dire tant qu'on peut composer chaque lot en même nature de biens, et cela

peut arriver soit par la richesse de la succession elle-même, soit par l'effet des rapports. Ainsi, soit une métairie de 50.000 francs, incommodément partageable, une autre de 30.000. Il n'y a que deux héritiers : l'un, donataire d'un immeuble de 20.000 francs, qui peut facilement former un lot avec celui de 30.000, en fait le rapport en espèce. Le partage, qui attribuera à l'un l'immeuble de 50.000, à l'autre les deux biens de valeur inférieure, sera valable comme si tous les biens se fussent trouvés dans la masse dès le décès. Mais, si nous n'avions, pour compenser l'immeuble plus fort, que le second héritage de 30.000, plus une créance de 20.000, le premier étant impartageable, il faudrait le liciter. Ainsi, se tiennent étroitement les articles 826, 827 et 832, éclaircis par l'article 974 Pr.. Aux termes de ce dernier texte, peu importe que l'immeuble ne se laisse pas facilement diviser ; on évite le morcellement, et on cherche des biens de même nature pour en remplir les autres lots ; si l'on en trouve suffisamment, l'immeuble n'est pas déclaré impartageable. Si l'on ne peut, au contraire, fournir l'équivalent de cet héritage pour les autres lots, l'on tombe sous l'application des articles 826 et 832, 2^o, sanctionnés par l'article 827. Chacun n'obtenant pas sa part en nature, le bien est considéré comme impartageable ; on ne peut plus que liciter. Nous voyons ainsi s'harmoniser parfaitement toutes ces dispositions, en apparence contradictoires ; l'ordre suivi par la loi n'est pas tellement rigoureux, qu'on ne puisse rattacher entre eux les articles 826 et 832, alors surtout que Pothier en énonçait le contenu de la même manière, pres-

que dans les mêmes termes, et à deux endroits différents, comme le Code (en ce sens, Demolombe, t. XV, n° 657 ; implicitement résolu par Bordeaux, 7 janvier 1831, D., V° *Successions*, n° 1727).

Toutefois, il faut tenir compte de l'article 833 ; une faible inégalité dans la composition des lots ne vicierait pas l'opération. A cet égard, la Cour d'appel est souveraine, et la Cour de cassation ne pourrait exercer sa censure, que si, en droit, la juridiction inférieure avait maintenu un partage, après avoir admis une autre cause d'exception que celle de l'article 833 et d'incommodité à partager en nature (Req. 18 octobre 1887, D., 88, 1, 80).

De quels principes les juges du fait devront-ils s'inspirer pour décider si l'égalité en nature est, oui ou non, satisfaite ? Les observations du Tribunal de Metz sur l'article 859 (Fenet, t. IV, p. 385) avaient porté sur ce point, demandant ce qu'on entendait par biens de même nature. L'article 833, 2° se borne en effet à dire : « Et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature ou valeur ». Mais, dans chacune de ces catégories, énumérées par la loi, n'y a-t-il pas de sous-distinctions à faire ? Un immeuble de campagne n'équivaut pas à une maison de ville, une usine à un pré. Parmi les meubles, les uns représentent une valeur fort élevée sous un petit volume, et dépendant de leur rareté ; d'autres, beaucoup moins portatifs souvent, ne s'apprécient que d'après leur utilité. Enfin, la variété est encore plus grande dans les meubles incorporels, qui peuvent être des droits litigieux, créances

sur particuliers, offices, fonds de commerce, etc. La marge du juge sera très large, et tout se ramènera en somme à une question de mesure.

Il est cependant une limite à cette appréciation de justice. Les mots *droit de même nature* exigent au moins, que tous les héritiers reçoivent sur les objets des droits de même ordre : l'on enfreindrait le Code, si l'on ne lotissait un des cohéritiers qu'en usufruit, les autres étant apportionnés en pleine propriété, le premier eût-il même reçu une part beaucoup plus forte en usufruit que celle de ses collègues en propriété. Ce que nous disons de l'usufruit s'appliquerait avec plus de force encore aux servitudes prédiales (Cass., 28 février 1855, S., 55, 1, 786). On peut cependant admettre une constitution de servitude à titre de complément de part, mais seulement dans la mesure indiquée par l'article 833, c'est-à-dire, si cet élément n'entre que pour une faible portion dans le total du lot (Demolombe, t. XV, n° 658).

La loi se montrant très rigoureuse en notre matière, il ne faut pas encore en exagérer la sévérité. Un héritier, par exemple, ne pourrait se plaindre d'avoir reçu des biens, fractionnés entre des régions différentes, un autre ayant obtenu un lot d'un seul tenant (Req., 12 août 1840, D., V° *Succession*, n° 1802), ou d'être apportionné en immeubles trop éloignés de sa résidence habituelle moins heureux en cela que ses cosuccessibles. Il n'y aurait pas lieu non plus de réclamer contre l'attribution de créances à terme, quand même la masse en contiendrait d'autres, qui eussent été réparties en nombre inégal entre les cohéritiers ; car le terme ne change pas la nature ni la

valeur de l'obligation. Bien entendu, l'on devra tenir compte de l'*interusurium*, pour augmenter d'autant le lot de celui qui a reçu la créance à terme.

Nous donnerions une solution tout opposée pour la créance conditionnelle ; car, son existence même ou le maintien de son existence est en suspens. Il est manifestement inique que de deux héritiers, l'un soit d'ores et déjà assuré de son émolument, le second exposé à se voir priver du sien par l'avènement ou la défaillance d'une condition. Il y a pour lui un aléa à courir. Or, une valeur aléatoire ne peut être considérée comme l'équivalent d'une valeur certaine. Cette dernière observation n'est plus exacte, il est vrai, si la condition est potestative de la part du créancier ; il n'en est pas moins certain que l'obligation diffère toujours profondément d'une obligation pure et simple ; elle n'est plus de même nature. La condition sera souvent, du reste, assez onéreuse à remplir pour le créancier.

Nous dirons, d'une manière générale, que la loi, en se servant dans l'article 832, 2°, des expressions « biens de même nature et valeur », a voulu s'attacher au caractère propre, intime des objets, sans considérer les rapports de ces objets avec tel ou tel héritier. Ainsi, les goûts, les aptitudes d'un héritier ne devront pas entrer en ligne de compte ; de même, le plus ou moins de proximité de son domicile, le voisinage d'autres biens qu'il posséderait, le fait d'avoir déjà, pendant l'indivision, accompli des travaux ou effectué des dépenses sur un fonds que l'on considérerait comme sien, resteront indifférents au point de

vue qui nous occupe ; ce ne sont là que des particularités relatives à une personne déterminée.

Dans certains cas, cependant, l'appréciation pourra être délicate. Notamment, comment classer un droit indivis ? Il y a là un bien d'une valeur fort incertaine, et qui dépendra du résultat du partage, à la dissolution de cette indivision, greffée sur celle de la succession. Nous déciderions, que si ce droit était fort considérable et destiné à former la majeure partie d'un lot, la licitation serait de rigueur.

Nous venons d'étudier l'application rigoureuse des articles 826 et 832. Il faut se demander s'ils régissent inévitablement les parties, ou si l'on peut y déroger, et dans quelle mesure.

Tout le monde reconnaît que le principe qu'ils renferment n'est pas d'ordre public (Cas., 11 juillet 1883, D., 83, 1, 444, statuant sur une dispense de rapport en nature ; la raison serait la même pour le partage pur et simple).

Mais, dans les cas ordinaires, le *de cujus* ne peut évidemment se substituer au juge ou aux parties, pour opérer le partage. Car, ou il le ferait de son vivant et l'acte serait nul comme pacte sur succession future, ou par testament, et la loi n'admet, dans un acte de cette nature, que certaines sortes de dispositions limitativement déterminées par elle (libéralités, révocations de testaments antérieurs, nominations de tuteurs, etc.). Elle n'autorise le partage testamentaire que dans les articles 1075 et suivants : en dehors du partage d'ascendant, qui est alors soumis aux formes de ces articles, le partage n'est qu'amicable ou

judiciaire, et échappe à l'action du *de cujus*. S'il veut répartir ses biens d'après ses vues, il doit léguer précapitairement à chacun de ses héritiers les objets qu'il désire leur voir entre les mains, ou bien leur faire des libéralités testamentaires sous la condition résolutoire, que le partage se fera de telle ou telle manière. Mais, dans ces deux procédés, il n'y aura pas de partage proprement dit, produisant ses effets spéciaux (garanties, rescisions, etc.).

Une exception a été apportée à ces règles en faveur de l'ascendant. Les articles 1075 et 1076 lui fournissent le moyen de répartir lui-même sa fortune entre ses descendants, soit entre-vifs, soit par testament ; c'est dans ces hypothèses que les questions, par nous examinées précédemment, deviennent réellement pratiques. Il ne se passe guère d'années, où les recueils périodiques n'enregistrent quelque décision de la jurisprudence sur ces partages. Dans tout ce qui va suivre, nous laisserons de côté les questions de réserve, qui doivent être prises à part ; nous supposerons les droits des réservataires intacts et la répartition ne portant que sur le disponible.

Il est hors de doute, et il faut dès maintenant écarter ce point du débat, que l'ascendant peut faire un partage d'attribution. L'affection que l'ascendant porte naturellement aux siens, l'expérience qu'il a de leurs convenances et aptitudes, seront une plus sûre garantie de la véritable égalité entre les successibles que le tirage au sort. Il est donc affranchi au moins de l'article 834.

Reste-t-il soumis aux articles 826 et 832, ou bien a-t-il toute latitude dans la composition des lots ? Grave ques-

tion, qui divise la doctrine, mais où la jurisprudence se montre depuis longtemps fixée.

La jurisprudence invoque les considérations suivantes : l'égalité étant de l'essence des partages, l'ascendant ne peut être dispensé de la respecter sans une disposition formelle de la loi ; l'inégalité serait particulièrement choquante dans une hypothèse, où précisément les copartages sont des descendants. Toutes les dispositions du Code concourent à remplir les héritiers de leurs droits, non seulement en valeur, mais encore en nature. D'ailleurs, la section 1^{re} du chapitre VI du titre des Successions forme le droit commun en matière de partage, et nous l'avons appliquée nous-même à toute indivision. La loi fait déjà une faveur à l'ascendant, en l'autorisant à faire un pacte sur succession future ou un acte de distribution dans un testament ; mais, elle ne le dispense que du tirage au sort, et non de l'égale composition des lots.

Enfin, l'article 1079 n'est pas limitatif. Il ne dit pas : *ne pourra être attaqué que*, mais *pourra*, etc. ; cette expression ne dénote pas dans l'article une pensée limitative. Il est donc permis à l'interprète d'y ajouter les causes de nullité du droit commun des partages, dont l'article 1079 n'a rappelé qu'une, la lésion. La lacune de cet article s'explique, parce que l'intention de la loi, ici, était surtout de mentionner une nouvelle cause de rescision, spéciale au partage d'ascendant. On voulait le rendre attaquant pour atteinte portée à la réserve ; l'on prêtait moins d'attention, dès lors, aux autres causes de nullité, sans toutefois prétendre en exclure aucune.

Cette opinion a été consacrée par de nombreux arrêts, et a entraîné la majorité de la doctrine (Aubry et Rau, t. VII, § 732; Demolombe, t. XXIII, n^{os} 199 et 201; Trolong, t. IV, p. 234; Bonnet, *Partages d'ascendants*, t. I, p. 283-290; Req. 18 octobre 1887, D., 88, 1, 480; Toulouse, 31 décembre 1883, D., 84, 2, 81).

La jurisprudence et la doctrine appliquent à l'acte de l'ascendant le même tempérament qu'aux partages judiciaires. Elle dispense du partage en nature, si les biens ne sont pas aisément partageables (voir MM. Demolombe et Aubry et Rau, passages précités; Req., 25 février 1878, D., 78, 1, 447; Bordeaux, 3 juin 1887, D., 88, 2, 125; Riom, 2 octobre 1888, D., 90, 2, 330). La jurisprudence assimile même à ce cas celui où l'intérêt bien entendu des enfants exigerait ce mode de partage (Poitiers, 20 février 1861, D., 61, 2, 93; *contra* M. Colmet de Santerre, t. IV, 243 *bis* XIX; Toulouse, 3 décembre 1883, D., 84, 2, 81), notamment, si certains immeubles sont trop peu étendus (D., 60, 1, 498), si l'un des enfants seul est capable de diriger une exploitation industrielle. Des motifs de convenance ne suffiraient pas (Cas., 16 décembre 1848, D., 49, 1, 17). Il semble, pour être logique, que dans ces cas, où la jurisprudence déclare applicables les règles du partage judiciaire, elle doive autoriser l'ascendant à faire opérer la licitation entre ses descendants. Mais cette opération n'est pas prévue au chapitre des partages d'ascendants; la loi n'autorise que le partage lui-même. Aussi, les tribunaux refusent-ils d'aller jusque-là (Cas., 18 décembre 1855, D., 56, 1, 20).

La jurisprudence ne considère pas cependant les articles 826 et 832 comme d'ordre public. Ainsi, elle admet la clause suivante : « Si un de mes enfants attaque le présent partage pour violation des règles de la loi sur l'allotissement en nature, je le prive de sa part dans la quotité disponible ». L'ascendant, s'il ne peut pas, aux termes de la jurisprudence, enfreindre directement ces articles, peut donc au moins en gêner considérablement l'application par des clauses de cette nature.

Un deuxième système se sépare du précédent, en ce qui concerne le partage entre-vifs, mais laisse soumis le testament-partage aux règles précédentes ; car ce dernier, de l'aveu de tous, présente réellement le caractère d'un partage entre héritiers. L'élément partage y est tout à fait prépondérant ; de plus, il s'opère sans le concours des descendants, tandis que, lors du partage entre-vifs, ce concours sert de contrôle à l'omnipotence de l'ascendant. On ne peut invoquer l'influence de l'ascendant, pour imposer cette protection aux copartagants, même dans l'acte entre-vifs ; on arriverait alors à suspecter et à prohiber tout contrat entre un ascendant et son successible. L'égalité en nature, du reste, est secondaire ; ce qui importe surtout, c'est la quotité du droit héréditaire. Si le partage s'est fait par testament, la situation change : l'ascendant n'est plus qu'un remplaçant du juge, opérant tout seul, et comme lui, contraint d'appliquer les règles véritables des partages (en ce sens, M. Colmet de Santerre, *Traité de Droit civil*, t. IV, n° 243 bis, XVII ; Duranton, t. IX, n° 48 ; la jurisprudence a rejeté formellement cette

distinction. Voir notamment Req., 25 février 1856, D., 56, 1, 113).

Nous croyons devoir nous rallier au système qui écarte complètement les règles de nos articles. D'abord, la jurisprudence, guidée par des motifs d'utilité pratique a fait une concession qui nous paraît ruiner son système. On applique les articles 826 et 832; mais, transportés dans la matière du partage d'ascendant, ils ont subitement changé de sens. L'exception visait les biens incommodément partageables, et l'on en vient à tenir compte de l'intérêt des copartageants, circonstance absolument extrinsèque, qui n'a rien à démêler avec l'indivisibilité du bien! En tout cas, en supposant qu'on puisse lui attribuer cette signification, il faudrait la lui donner toujours, puisqu'on invoque les mêmes dispositions.

D'autre part, avons-nous dit, si les objets ne sont pas reconnus partageables, on recourt à la licitation. Nous sommes d'accord avec la jurisprudence et la doctrine pour ne pas l'admettre ici. Les termes de la rubrique de ce chapitre y résistent; il n'y aurait plus partage; or, le droit de l'ascendant tout exceptionnel doit être interprété restrictivement. Ce n'est pas à dire que nous ne permettions pas quelque chose d'approchant; mais, nous réservons la question. En tout cas, si nous repoussons la licitation proprement dite, c'est par une conséquence logique de notre opinion, qui écarte toutes les règles du partage ordinaire. La jurisprudence, au contraire, tombe dans une nouvelle contradiction en séparant les articles 826 et 832 de l'article 827, qui en est la sanction. Ces trois articles, avons-nous dit, forment un tout dont

les dispositions se tiennent. Si l'on veut en prendre une partie en abandonnant les autres, on tombe dans l'incohérence.

Comment la jurisprudence remplace-t-elle la licitation? Par le partage, inégal cette fois ; mais de quel droit? Si le partage s'impose en nature avec la même force qu'au cas de succession *ab intestat*, on ne peut, dans aucun cas, y substituer une opération qui ne rentre-rait pas dans ces conditions, à moins de liciter. S'il est défendu de recourir à la licitation, c'est que l'ascendant est libre dans sa répartition.

Cette solution, du reste, n'a rien que de très rationnel. On comprend que le Code, en l'absence de toute clause contraire, ait voulu tenir la balance exactement égale entre les parties ; le droit de chacun dans une indivision doit apparaître par une attribution qui soit absolument proportionnelle à ce droit, et en corps héréditaires. Mais, l'institution du partage d'ascendant est précisément intervenue pour tempérer ces principes en pratique. On confie à la magistrature domestique le soin de régler au mieux les intérêts de ceux qui lui sont chers. L'ascendant peut donc donner à l'un toute la quotité disponible ; cela est hors de doute. Pourquoi lui interdire, ce qui est moins exorbitant, un avantage sous forme de meilleur lotissement? Il n'y a pas eu, dans la circonstance, d'indivision. Le système, qui voyait dans le partage d'ascendants une ouverture anticipée de succession, c'est-à-dire une création d'indivision suivie de partage immédiat, est à peu près abandonné aujourd'hui. Les

raisons, qui ont déterminé le législateur quant aux partages judiciaires, font donc ici défaut.

La loi a voulu faire une faveur à l'ascendant. Or, que lui accorderait-elle, si l'on s'en tenait au premier système ? Le droit de faire des libéralités préciputaires ? L'article 843 le lui permettait déjà. Le droit de faire naître dès maintenant entre cohéritiers les droits et obligations des copartageants ? Cela n'aurait d'intérêt que pour le testament-partage ; car, si le partage a lieu entre-vifs, on n'est pas d'accord sur le moment où ces effets se produisent, et certains auteurs (entre autres, M. Genty, p. 214 et suiv.) ne les admettent qu'à partir du décès. Il ne lui resterait alors que le droit de faire un partage d'attribution ? Avantage minime, si une égalité presque mathématique doit présider à la formation des lots : il lui importe assez peu alors de distribuer lui-même des lots, qu'il n'a pu composer comme il l'entendait. L'avantage pratique, le complément nécessaire du partage d'attribution est la liberté d'allotissement, et nul ne saurait mieux en user que le chef de famille. Les articles 1078 et 1079 contiennent toutes les nullités possibles de partages d'ascendants. L'article 1079 paraît bien vouloir se suffire à lui-même, puisqu'il commence par rappeler la rescision pour lésion de plus du quart ; or, si les règles ordinaires du partage s'imposaient, il était évidemment inutile de rappeler celle-là en particulier. L'argument devient plus concluant encore, si l'on veut bien lire la suite de l'article : *il pourra l'être aussi... pour atteinte à la réserve* : et c'est fini, la loi passe à un autre ordre d'idées. La jurisprudence a si bien compris que la pratique répugnait à l'extension

des articles 826 et 832, qu'elle leur a apporté une importante restriction, fort compromettante pour son système. Elle s'est encore contredite, suivant nous, en permettant d'apposer à l'acte comme clause pénale la privation de la quotité disponible ; si on peut l'enlever à un héritier par partage d'ascendant, à *fortiori*, doit-on pouvoir la lui laisser, mais en biens que l'on choisit.

Quelle serait enfin la sanction de l'inobservation des règles, qu'impose la jurisprudence ? Ce serait, dit la jurisprudence, la nullité complète. Il ne faut pas oublier que la sanction des articles 826 et 832 est écrite dans l'article 835, inapplicable ici, et dans l'article 840. Mais, la loi n'ayant pas parlé de partage provisionnel ici, nous ne pouvons recourir à l'article 840, qui, du reste, a pour principal objet la sauvegarde des intérêts des incapables ; or, la présence d'un incapable ne restreint en rien les pouvoirs de l'ascendant. Les articles 1075, 1080 ne laissent pas de place à une solution qui, annulant le partage en droit, le laisse subsister en fait. — Quant à la distinction du deuxième système, elle nous semble proscrite par les articles 1078 et 1079, relatifs aux nullités ; ces articles ne font aucune différence entre la donation-partage et le partage par testament. L'acceptation des donataires ne fait plus contrepoids, il est vrai, à la puissance de l'ascendant. Mais, ce dernier se passe bien de leur concours, pour faire des legs préciputaires ; rien d'étonnant à ce qu'il puisse, même dans un acte unilatéral, disposer de la quotité disponible.

Cette opinion a pour défenseurs MM. Baudry-Lacantinerie, Réquier (*Partages d'ascendants*, n^{os} 144 s.), Laurent

(*Droit civil*, t. 15, n° 60); (voir aussi Agen, 12 décembre 1866, D. 67, 2, 17, contraire à la jurisprudence actuelle de cette cour elle-même; ce système a été, jusqu'en mars 1850, suivi par une partie de la jurisprudence; Cf. Nîmes, 10 avril 1847, D., 48, 2, 102.)

Si l'on adopte l'un des deux systèmes que nous avons combattus, par exemple celui de la jurisprudence, il faut se demander quelle sera la sanction de l'inobservation des articles 826 et 832. Tout le monde admet que le partage qui les viole est entaché de nullité. Si le partage s'est fait par testament, tout le monde admet que l'action en nullité s'ouvre au jour du décès, et se prescrit par 30 ans depuis ce moment. S'il a eu lieu par acte entre-vifs, on se divise. L'opinion, qui voit dans le partage d'ascendant une ouverture anticipée de succession, et qui fut celle de la jurisprudence jusqu'en 1860, fait courir la prescription dès le jour de l'acte. L'opinion qui décompose le partage d'ascendant en deux éléments, l'un, donation, actuel, l'autre, partage, éventuel (M. Genty, *Partage d'ascendants*, p. 214 et s.), ainsi que celle de MM. Aubry et Rau, qui le considère comme formant un partage dès à présent, mais non une ouverture anticipée de succession (en ce sens, Cas., 23 mars 1887, D., 87, 1, 400; trib. Vannes, 21 février 1889, *Pandectes Fr.*, 1889, II, 249), ne la font naître qu'au moment du décès, et, par analogie de l'art. 1304, on lui donne une durée de dix ans depuis ce moment. La nullité peut du reste se couvrir par une confirmation expresse ou tacite de l'acte (Genty, *Partage d'ascendants*, p. 260-267; Cas., S. 52, 1, 747; Demolombe, t. 23, p. 215; Bordeaux, S. 53, 2, 403).

Nous avons insisté un peu longuement peut-être sur cette question ; notre excuse est dans l'importance pratique qu'elle présente ; elle précise la véritable portée des deux textes, que nous étudions. 99 fois sur 100, les débats auxquels ils donneront lieu se passeront entre descendants. C'est pourquoi le système de la jurisprudence a amené tant de réclamations parmi les publicistes et économistes, et provoqué les projets de réforme dont nous allons parler. Nous nous maintiendrons, bien entendu, sur le terrain exclusivement juridique, où nous nous sommes placés dès le début.

Nos deux articles ont été très attaqués, comme poussant à l'émiettement du sol, et rendant impossible toute sérieuse exploitation (Voir notamment, M. Leplay, dans maints passages de la *Réforme Sociale*). Mais, les adversaires de ces dispositions attaquent plutôt le principe du partage forcé de l'article 815, qui paraît en effet un facteur beaucoup plus considérable dans la question sociale que ces articles de détail ; nous n'avons pas à nous en occuper ici. Notons seulement que le morcellement du sol a commencé avant la Révolution (M. de Tocqueville, *Ancien régime*, p. 62 ; il cite un rapport secret d'intendant), par suite avant l'établissement du Code Napoléon.

Nous nous bornerons à signaler les tentatives de réforme qui se sont fait jour depuis une trentaine d'années. A la suite de pétitions, présentées au Sénat, ce corps émit le vœu que les morceaux de terrains inférieurs à un huitième d'hectare fussent déclarés impartageables. Avec la tendance de la jurisprudence, nous ne croyons cette solution nullement nécessaire, car, elle tient compte, en

matière de partages d'ascendants, de l'intérêt bien entendu des copartageants, pour décider si le bien est partageable ou non (Caen, 15 juin 1835, D., V^o *Disposition entre-vifs*, n^o 4488 ; Riom, 10 mai 1851, D., 52, 2, 255 ; Grenoble, 27 novembre 1851, D., 54, 2, 176 ; Req., 7 août 1860, D., 60, 1, 498). La question d'étendue est, d'ailleurs, une question de fait, qui doit être diversement résolue suivant la nature des terrains et des exploitations, et qu'il convient de laisser à l'arbitrage du juge.

En 1864 et 1865, il s'éleva sur cette réforme une discussion au Corps législatif ; mais, en même temps on voulait augmenter la quotité disponible, ce qui fit échouer le reste du projet ; des vœux de réforme presque unanimes se manifestèrent à la suite d'une grande enquête agricole et administrative opérée en 1866.

Enfin MM. Mortimer-Ternaux, Lucien Brun et Baragnon, après un projet de M. Émile Ollivier, de 1870, déposèrent une proposition de loi sur le bureau de l'Assemblée Nationale en 1871. Une des dispositions de ce projet modifiait le second paragraphe de l'article 832, de manière à donner toute facilité dans la formation des parts, et à permettre de mettre en compte les convenances des intéressés. Le moindre reproche qu'on pût adresser à ce projet était de mettre en contradiction les articles 826 et 832, le premier n'étant pas modifié. Selon nous, on avait tort de s'engager dans cette voie ; c'est avec raison que la loi exige un partage égal en nature, quand il se fait en justice. L'égalité entre copartageants est un principe d'équité essentiel qui doit inspirer tout législateur. D'ailleurs, ni le juge, ni le notaire ne sont

compétents, pour établir les lots, suivant les convenances des héritiers, et quant à l'héritier lui-même, on le taxera toujours de partialité. Mais la règle, étant d'intérêt privé, doit céder devant une manifestation contraire de volonté, soit des parties, soit de ceux qui peuvent parler en leur nom ; le partage amiable doit être favorisé le plus possible et, si nous désirons une réforme dans la loi, c'est pour étendre le domaine des partages d'attribution, qu'on devrait admettre en présence même d'incapables ou d'absents, pourvu que toutes les garanties, organisées en leur faveur par le Code, aient été respectées. L'incapable est le premier intéressé à ce que le partage se fasse vite et à peu de frais, de même qu'il a intérêt aussi à obtenir un lot à sa convenance.

Il ne serait pas besoin d'autre réforme sans le courant de la jurisprudence actuelle qui, d'après nous, a malencontreusement transporté les règles du partage judiciaire dans une institution de famille, qui n'a rien de litigieux. En présence de cette jurisprudence, il conviendrait d'interpréter législativement nos articles, pour déclarer qu'ils n'ont été écrits qu'en vue de successions *ab intestat*. — On fit à ce projet, et dans le sein de la commission, et dans la doctrine (M. de la Gorce, *Revue critique* de 1872, p. 661 et s.) les objections, que nous venons d'exposer. Après des tergiversations, qui durèrent jusqu'en 1876, il fut renvoyé au Conseil d'État qui a conclu au rejet.

M. de Mun et plusieurs de ses collègues reprirent une proposition, reproduisant à peu près celle de 1871, mais,

échappant au reproche de contradiction que nous avons signalé, en harmonisant l'article 826 avec le nouvel article 832. L'objection capitale subsiste. Ce projet, comme le précédent, vise tout partage, au lieu de se borner à interpréter nos articles dans le sens contraire à la théorie de la jurisprudence. La proposition, prise en considération, devint caduque par suite de la clôture de la législation en 1889. — Elle fut reprise et présentée à la séance du 9 décembre 1889 (voir *Journal Officiel* de 1889-1890, Chambre, annexes, session extraordinaire de 1889, p. 272). Le 23 février 1890, sur le rapport sommaire de M. Royer, favorable au projet, il fut pris en considération et renvoyé aux bureaux. Le rapport n'est pas encore déposé.

Quoiqu'il en soit, si cette proposition est votée, elle diminuera les chances d'instabilité qui pèsent sur les partages, et diminuera aussi, on peut l'espérer, le nombre des décisions judiciaires à leur endroit.

Mentionnons enfin une proposition de loi de M. Leroy, déposée le 5 juillet 1892 à la Chambre, et prise en considération le 9 : cette proposition a pour objet de combattre la dépopulation en France ; entre autres dispositions, elle permet à l'ascendant de maintenir l'indivision entre ses héritiers pendant 5 ans, et de déroger aux articles 826 et 832, dans un partage entre ses descendants.

En pratique, pour tourner la rigueur de la loi, l'ascendant fait un partage égal ; puis, les enfants se font des cessions réciproques ; mais, on accroît aussi les frais, notamment les droits de mutation, et il faut s'assurer du consentement de tous, ce qui n'est pas toujours possible.

Bien des législations étrangères nous ont devancés dans cette voie. Le Code Néerlandais de 1837, qui s'était fortement inspiré de notre Code civil, a bientôt été modifié par la loi du 31 mai 1843 (voir Cripels, *les Codes Néerlandais*, p. 206) : si toutes les parties ne jouissent pas de la plénitude de leurs droits, l'acte doit être notarié (articles 1117 et 1120) ; si elles sont d'accord, chaque cohéritier se remplit en nature, et, s'il y a lieu, complète par une somme d'argent. Si elles ne s'entendent pas sur la formation des lots, on en compose autant qu'il y a d'héritiers ou de souches (article 1127), et l'attribution a lieu par tirage au sort (article 1126) ; les héritiers, avant la clôture de l'acte de partage, ont le droit d'échanger leurs lots. Dans son ensemble, le droit hollandais n'exige donc plus que l'égalité en valeur.

En Belgique, une loi du 12 juin 1816 est venue changer le système du Code civil sur le partage des incapables : c'est le notaire alors qui opère sous le contrôle d'un juge de paix ; même alors, l'expertise n'est que facultative, sauf, s'il y a désaccord sur la composition des lots. Il faut l'autorisation du tribunal ; mais, on ne requiert plus celle du conseil de famille. L'article 9, § 1^{er} contient une abrogation de toutes les anciennes formalités qui chargeaient le partage des incapables. Toutefois, les résultats, produits par cette loi, n'ont pas, paraît-il, répondu à l'attente générale, et les Hollandais, nous l'avons vu, en sont revenus au tirage au sort. D'après M. Rollin-Jacquemont, avocat à la Cour d'appel de Gand (voir *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1869, p. 438), cela tiendrait au fonctionnement dé-

fectueux de l'institution des juges de paix en Belgique ; sans quoi, la loi serait bonne par elle-même.

L'article 996 du Code civil Italien de 1865 permet au tribunal de faire un partage d'attribution quand, les lots étant inégaux, le tirage au sort présenterait de graves inconvénients ou difficultés. — On peut maintenir l'indivision jusqu'à l'expiration de l'année qui suit la majorité du plus jeune, afin d'éviter le partage judiciaire.

En Espagne, aux termes du Code de 1889, l'ascendant est libre, en partageant, d'apportionner certains héritiers en argent seulement (art. 1056) ; il peut aussi charger un tiers étranger (art. 1057), de partager après son décès. Dans le partage judiciaire (art. 1061), les lots doivent, autant que possible, avoir une composition identique ; mais, ni le partage judiciaire, ni l'intervention des tribunaux pour homologuer ne sont nécessaires, si les mineurs sont représentés par leur père ou mère (art. 1060).

Le droit Russe exige aussi l'égalité en nature (article 1322 du Code Russe, qui forme le tome X, 1^{re} partie, du *Zvod Zakow* de Nicolas 1^{er}, 1835). Les mineurs peuvent procéder amiablement, après s'être assurés de l'homologation de la justice ; mais le partage est forcément judiciaire, si l'un des intéressés est insolvable.

En Alsace-Lorraine, la loi du 14 juin 1888 n'impose plus, pour le partage des incapables, que l'acte notarié, avec autorisation du conseil et du tribunal ; elle abroge, du reste, les articles 826, 827 et 832, et permet aux communistes de s'opposer au partage en nature, s'ils en ont des motifs sérieux.

En Autriche, en cas de désaccord, l'article 841 du Code

de 1811 prescrit le tirage au sort. Une loi du 1^{er} avril 1889 interdit la division des biens ruraux de moyenne étendue (on laisse à la loi provinciale le soin de décider ce qu'il faut entendre par là) : s'il n'y en a qu'un seul dans la succession, il reviendra à un héritier unique (c'est encore la loi provinciale qui détermine le choix de cet héritier), à charge de payer aux autres sa valeur. Cette loi n'est applicable qu'aux successions *ab intestat*, le père restant libre d'éviter ces résultats par testament ou acte entre-vifs.

Enfin, aux termes du projet de Code civil allemand (voir Lehr, *Éléments de droit civil germanique*, édition de 1892, t. I, p. 210), le partage devra s'opérer en nature, toutes les fois que, sans diminuer la valeur de la chose, il peut en être fait le nombre voulu de parts égales ; sinon, il y a lieu à licitation. Le *de cujus*, par testament, peut obliger ses héritiers à rester dans l'indivision pendant 30 ans, à dater de l'ouverture de sa succession.

Le partage peut mettre en jeu certaines questions de droit international. En ce qui nous regarde, le partage amiable, n'étant autre chose qu'une convention, doit, aux termes de l'opinion générale, obéir à la *lex loci contractus*, si les parties ne se sont pas expliquées. La question de savoir qui peut prendre part à un partage amiable, rentrant dans la capacité des personnes, doit, au contraire, se résoudre d'après la loi nationale de chaque communiste. Ainsi, un mineur russe, avec les autorisations que requiert cette législation, peut très bien participer en France à un partage amiable et, inversement, croyons-nous, des Français, majeurs et maîtres de leurs droits,

pourraient se passer, en Russie, de l'intervention des tribunaux, l'un d'eux fût-il insolvable.

Les formes du partage (M. Weiss, *Droit International privé*, 1^{re} éd., p. 870 et 871 ; Laurent, *Droit civil international*, t. VII, p. 33 et suivantes) seront celles usitées dans le pays, où se fera le partage, s'il est judiciaire, ou si tous les intéressés appartiennent à la même nationalité. On appliquera la *lex fori*. Ainsi, le tirage au sort ne sera que facultatif, même entre Français, dans un pays, qui, comme la Saxe (article 339 du Code Saxon), permet aux héritiers de choisir un autre mode d'attribution (Lehr, *Éléments de droit civil Germanique*, 1892, t. II, p. 434 et s.).

Il y a lieu de faire une réserve, croyons-nous, avec M. Despagnet (*Droit International privé*, éd. de 1886, p. 498) quant aux règles des articles 826 et 832. En effet, il y a là plus qu'une forme ; si les objets doivent se trouver équitablement répartis entre tous, c'est en vertu des droits, qui leur ont appartenu antérieurement dans chacun des objets ; cette raison tient au fond des choses, et n'est point une création arbitraire de la loi, une pure exigence de forme. Il s'agit donc bien de droits des cohéritiers, ou pour parler un langage plus précis, des copartageants ; ces droits dérivent d'une indivision ; c'est à la loi, qui régit cette indivision, qu'il faut s'attacher. Or, l'indivision en général doit être gouvernée par la même législation que le fait d'où elle dérive, et dont elle est le complément. Dans l'espèce, on suivra la loi des successions. Mais la jurisprudence dont nous n'avons pas ici à apprécier le système, voit dans toute succession deux masses

distinctes, celle des meubles et celle des immeubles, qui forment chacune comme une succession à part, régie par une législation différente (loi du domicile pour les meubles, loi de la situation pour les immeubles), quant aux règles de fond (Cas., 26 janv. 1892, D., 92, 1, 497). L'application de cette jurisprudence entraînerait des difficultés inextricables, si on l'étendait à notre matière; d'ailleurs nos articles 826 et 832 font partie des règles de liquidation, et la jurisprudence a elle-même reconnu (jug. trib. civ. Versailles, 6 mars 1890, *Journ. dr. int. privé*, 1891, p. 565 et 566), que l'unité de liquidation est absolument nécessaire. On pourrait appliquer aux immeubles comme aux meubles la loi du domicile du défunt. Ainsi, un Français meurt, domicilié en Hollande. Les héritiers, quoique certains biens se trouvassent en France, n'auraient rien à dire contre un partage, qui n'obéirait pas aux règles de nos articles. En faveur de cette solution on peut faire valoir, que la question engagée ne tient pas exclusivement au fond, et que notre Code souvent traite ces articles comme des dispositions de forme.

La loi du 9 mars 1891, sur les droits du conjoint survivant, a introduit dans notre législation une nouvelle espèce de successible, le conjoint survivant, qui n'hérite qu'en usufruit. Quelle va être sa situation par rapport au partage? Dans l'ancien droit, le douaire présentait certaines analogies avec ce droit du conjoint; mais il s'en séparait sur bien des points, et notamment, en ce qu'il portait sur certains biens déterminés. Aujourd'hui, il résulte des travaux préparatoires, que le droit du conjoint embrasse à la fois tous les biens héréditaires (V.

rapport de M. Delsol, *J. Off.*, 4 mars 1877, p. 1668). Pour remédier à l'abus, que ce droit pourrait entraîner, le Code permet aux héritiers d'imposer au conjoint la conversion de son droit en une rente viagère. Le Code Italien de 1865 leur donne de plus le droit de cantonner cet usufruit sur certains biens déterminés. Ce cantonnement, chez nous, ne résultera que du partage que le conjoint peut sans aucun doute provoquer. Maintenant va-t-il pouvoir réclamer, quant à cet usufruit, des lots de même composition que les propriétaires ? Pour nous, cela ne fait pas de doute. On a maintes fois répété que le conjoint était successeur irrégulier, mais successeur ; il tient son droit de la loi, et se trouve dans l'indivision, quant à la jouissance, avec ses cohéritiers. Il y aura partage de jouissance, mais non partage provisionnel ; on n'est plus dans les termes de l'article 840, et ses motifs manquent aussi bien que son texte (dans le même sens M. Ziéglicki, *Revue critique* de 1892, p. 239). Le partage doit substituer à un droit indivis de jouissance un droit divis, et la jouissance en nature de certains biens représente pour lui l'équipollent de son droit indivis (dans le même sens aussi, quoiqu'implicitement, observations de la Faculté de droit de Caen sur le projet, p. 50). Il résulte de cette solution que la circulation de certains biens va être paralysée peut-être pour un temps assez long. On doit, en effet, fournir au conjoint tout son lot, comme s'il était propriétaire, et, si son usufruit atteint la moitié, il recevra en nature la moitié de la succession à lui tout seul. Supposons (pour simplifier, ne prenons qu'un seul immeuble), que le bien soit divisible en un nombre fort restreint

seulement de parts. Il y a un conjoint successeur en usufruit pour un quart, trois héritiers. L'immeuble ne se fractionne que par quart ou moitié. On fera un lot grevé d'usufruit, un autre non grevé. Or, le conjoint étant réellement nanti de l'immeuble pour y exercer les droits étendus, que confère l'usufruit, les nu-propriétaires ne peuvent porter atteinte à ces droits; ils n'ont de droit de disposition que sur la nue-propriété. Si, comme dans l'espèce, le lot grevé d'usufruit n'est pas commodément partageable entre eux, ils devront liciter une nue-propriété, et une nue-propriété se vend mal. On voit par là combien la présence d'un conjoint survivant peut nuire aux héritiers en propriété. Aussi, pour éviter toutes ces difficultés, la loi a-t-elle autorisé, comme nous l'avons dit, la conversion en rente viagère.

CHAPITRE III

QUELS BIENS ÉCHAPPENT AU PARTAGE EN NATURE.

La loi est toujours favorable au lotissement en nature. Comme on l'a vu, elle n'ordonne la licitation que si les biens ne sont pas divisibles sans dépréciation ni dommage. Nous avons dit également que la question d'indivisibilité était du domaine du fait, les cours jugeant souverainement sur les conclusions des experts (Req. 18 oct. 1887, D. 88, 1,480). L'incommodité du partage en nature proviendra soit du caractère spécial des biens indivis, soit de l'inégalité des droits des parties, soit enfin de la connexité de la liquidation avec d'autres actes juridiques : nous en avons rencontré un exemple à propos de la répartition d'un droit indivis. Nous relevons encore dans la jurisprudence le cas d'un partage de succession qui n'a pu être séparé d'une liquidation de communauté, comme ayant avec elle des liens trop étroits (Cas., 11 décembre 1882, D., 84, 1, 36), et celui d'une succession, où certains biens sont revendiqués par des tiers, les droits des héritiers restant en suspens (Cas., 11 août 1875, D., 75, 1, 461), pendant la durée du procès. La connexité du partage de succession avec celui de communauté, dans le 1^{er} cas, avec l'action en revendication, dans le second, soulevaient des difficultés, qui rendaient nécessaire la licitation.

Il est certains biens, qui résistent, en toutes circonstances, à la division; en premier lieu, toute une catégorie de biens incorporels, dont le fractionnement ne se conçoit même pas : les titres proprement dits, tels qu'actes d'acquisition, quittances, etc. L'article 842 prescrit de laisser les titres d'une propriété divisée à celui qui a obtenu la plus grande part, à la charge d'en aider ses collègues. Les titres communs à toute l'hérédité sont remis à l'un des cohéritiers choisi par les autres. Ainsi, un brevet d'invention pris en faveur d'une industrie, dont l'exploitation aurait été divisée entre les successibles par le partage, devrait être déposé chez un des héritiers (par *brevet d'invention*, nous entendons évidemment le titre qui constate le brevet); en cas de procès, chacun devra être mis à même de le produire en justice.

Il y a lieu de classer à part, d'abord un petit nombre d'objets qui n'ont guère de valeur que pour les proches, et dont la loi ne dit rien : tels sont les portraits, tombeaux de famille, décorations du défunt; en second lieu les biens, qui, tout en possédant souvent par eux-mêmes une très grande valeur, atteignent un bien plus haut prix, aux yeux de quelques personnes, ou en raison de leur rareté, et par là même, ne sauraient être susceptibles d'une estimation fixe : nous voulons parler des manuscrits, collections, productions de l'esprit ou du génie.

En ce qui concerne les objets de famille, l'ancien droit les attribuait à l'ainé en ligne directe, souvent même en ligne collatérale. Les rédacteurs ne semblent pas avoir songé à ce côté du patrimoine, qui n'en représente souvent qu'une fraction très minime. Les raisons qui écar-

tent le partage en nature, doivent faire rejeter aussi la licitation avec admission d'étrangers. M. Dutruc (n° 466) voudrait cependant assimiler ces objets au reste du mobilier ; mais on peut citer en sens contraire un avis du Conseil d'État du 5 brumaire an XIII (il s'agissait des armes du défunt) ; cette solution serait contraire à la nature des choses. On ne saurait admettre l'intrusion d'étrangers dans une distribution d'objets qui sont exclusivement de famille. M. Demolombe (t. XV, n° 700) leur applique l'article 842 ; mais les termes de cet article se prêtent malaisément à une pareille extension ; il ne vise que des biens incorporels, représentés par un écrit. Qui aurait la pensée de comprendre dans le mot *titres* jusqu'à des tombeaux de famille ? Ensuite, cet héritier n'est qu'un dépositaire : il doit en aider ses cosuccessibles, dit la loi ; cette partie de l'article ne trouverait pas non plus d'application ici. Le tirage au sort n'est pas admissible. Qu'est-ce qui déterminerait la compensation à fournir aux autres communistes (en sens contraire, Paris, 25 novembre 1846, *J. Palais*, 1846, t. II, p. 716), ces objets échappant à l'estimation ? Nous nous rallions sans hésiter à la solution proposée par MM. Aubry et Rau (t. VI, p. 510) : on licitera sans le concours d'étrangers, avec faculté pour chacun de faire tirer des copies de la correspondance et des reproductions des portraits (en ce sens, Paris, 19 mars 1864, S., 64, 2, 170 ; Nîmes, 2 décembre 1864, S., 64, 2, 51). C'est le seul moyen d'arriver à déterminer à peu près la valeur de ces éléments de la masse. Rien n'empêchera, du reste, s'il

y a plusieurs catégories de ces biens, d'en faire plusieurs lots, qu'on licitera séparément.

La difficulté est beaucoup plus considérable, quand il s'agit de choses, qui, loin d'être dépourvues de valeur vénale, atteindront souvent des prix fabuleux, mais dont l'estimation variera, suivant le goût et les connaissances des amateurs. Ils peuvent avoir, sans doute, une valeur toute particulière pour la famille, à raison des liens qui l'unissent au défunt; mais, cet élément sera souvent noyé dans l'énormité du prix que leur attribueront les connaisseurs. La question s'est présentée tout récemment à propos des œuvres de Meissonnier : les héritiers du célèbre artiste demandaient le partage en nature, invoquant le désir du défunt, que ses œuvres ne fussent point dispersées après sa mort. La veuve du peintre, alléguant les fluctuations de valeur, que des biens de cette nature ne manquent pas de subir, réclamait la licitation comme seule capable de les faire monter à une juste prisée. Le tribunal de la Seine, dans son audience du 6 février 1892 (*Gazette des Tribunaux* du 7 février) a donné gain de cause aux héritiers, parce que le partage en nature était équitablement possible : il a ainsi émis une appréciation de fait, qui échapperait aux critiques de la Cour suprême. Ajoutons, du reste, que le procès s'est terminé récemment à l'amiable.

Comment résoudre la question en droit pur ? Au point de vue technique et artistique, et au dire des experts, consultés en cette affaire, on eût dû liciter, parce que c'était le moyen de tirer des œuvres du peintre le maximum du prix qu'elles pouvaient atteindre, peut-être le

décuple de ce qu'elles eussent valu aux yeux des héritiers. Mais, tel n'est pas, d'après nous, le point de vue juridique. Sans doute les héritiers n'obtiendront pas toute la valeur, que leur eût procurée une licitation; mais, voyons-nous jamais le Code entrer dans ces considérations à propos du partage? La loi veut le partage en nature: à moins de dérogation formelle de sa part, il ne faut point chercher d'autre solution: l'article 827 renferme une exception pour les biens incommodément partageables; la commodité du partage n'était pas en jeu dans ce procès. Si l'on arrive à composer, en œuvres d'art, des lots à peu près égaux en nature et en valeur, la loi est satisfaite: il n'y a pas lieu de recourir au procédé de l'article 827. Si les héritiers veulent tirer de ces œuvres tout le parti, qu'ils en peuvent attendre, ils sont toujours maîtres de vendre ce que le sort leur a procuré.

SECONDE PARTIE

MODIFICATIONS SUBIES PAR LE PARTAGE EN NATURE PAR SUITE DES RAPPORTS

Il faut soigneusement distinguer le rapport proprement dit ou des libéralités, de ce qu'on a à tort, selon nous, appelé rapport des dettes ; nous conserverons cependant cette expression pour la commodité du langage.

CHAPITRE PREMIER

RAPPORT DES LIBÉRALITÉS.

Après en avoir terminé sur le sort des biens, que les successibles ont trouvés, dans le patrimoine du *de cujus*, il faut nous occuper de ceux qui en étaient sortis, mais que l'article 843 y fait revenir depuis le décès. On conçoit que, quand il s'agit de ces biens, la loi ait un peu atténué les rigueurs précédentes ; exiger la remise en nature à la masse, ce n'est plus, comme auparavant, empêcher d'acquérir un bien, mais enlever à un propriétaire ce qu'il a acquis ; il a pu, tout en connaissant

d'avance la condition résolutoire qui affectait son droit, s'attacher à ces objets, y donner des soins très considérables, comptant peut-être n'avoir pas à les rendre de longtemps, le *de cujus* étant très jeune au moment de l'acte ; il fallait admettre certains tempéraments, pour adoucir un peu la situation du donataire ou légataire, déjà lésé par le principe du rapport. C'est l'examen de ces exceptions qui va nous occuper jusqu'à la fin de cette étude, d'abord, au sujet des donations entre-vifs, puis, des legs ; nous aurons à étudier ensuite quelques hypothèses spéciales.

Section I. — Rapport des dons.

Il faut envisager successivement les immeubles, les meubles et le numéraire.

§ 1^{er}. — *Rapport des immeubles.*

Ici, l'on respecte dans une large mesure les principes que nous avons déterminés. Le rapport en nature est la règle ; elle ne cède qu'en cas de force majeure, d'intérêt des tiers ou de volonté du *de cujus*. Une autre cause d'exception qui, en réalité, n'est que le maintien du partage en nature, est l'existence dans la succession de biens de même espèce que ceux reçus par le donataire.

L'article 859 est impératif : le rapport est *exigé* en nature, toutes les fois qu'il ne se trouve pas dans la masse d'autres immeubles de même nature et bonté, dont on

puisse composer les lots des autres. C'est la répétition, limitée aux immeubles, de l'article 832, 2°, et dans le même esprit. Les questions de fait, qui se présentent à propos des mots *même nature et valeur*, se retrouvent donc ici. La Cour de Caen, dans un arrêt du 16 mars 1839, S. 39, 2, 326, a jugé, qu'il n'était pas nécessaire que les immeubles fussent soumis au même mode d'exploitation, pour être regardés comme de la même nature. — Nous ferons remarquer que les expressions *dans la succession* de l'article 859 ne doivent pas être prises à la lettre, et s'entendent de tous les biens, y compris ceux soumis au rapport. Si deux héritiers ont, par donation, reçu deux immeubles à peu près semblables, il est parfaitement inutile de les remettre à la masse pour les partager ensuite ; on évitera des frais et des difficultés avec notre solution, les objets à partager étant ainsi moins nombreux. On ne mettra en distribution que le surplus.

Quand le rapport a ainsi lieu en nature, tout se passe très simplement, et comme si l'immeuble n'eût jamais quitté le patrimoine du *de cujus*. Il sera rendu à l'indivision dans l'état où il se trouve au moment de l'ouverture ; qu'il ait éprouvé des améliorations de toutes sortes, accessions, percement d'une voie nouvelle, ou des diminutions de valeur, pourvu qu'elles soient indépendantes du fait du donataire, elles seront pour la masse. — Nous ne parlons ainsi que pour la propriété : il y a un élément de faits qu'on ne peut pas négliger, la jouissance du donataire, et qui ne sera pas remis à la succession : les fruits perçus jusqu'au décès restent au gratifié ; on suppose qu'il les a consommés, comme l'eût

fait le *de cujus* lui-même, qui, en lui faisant donation de l'immeuble, a voulu au moins lui en conférer la jouissance. On ne tient pas compte des charges, hypothèques, servitudes (bien que ce dernier point fût un peu plus contesté), dont l'héritier a pu grever le bien ; enfin, quant aux améliorations et dégradations, provenant de son fait, on les fait rentrer respectivement dans l'actif et le passif du compte à régler entre lui et la masse ; mais, ce qui introduit un disparate dans la matière, elles ne s'apprécient qu'en égard au temps du partage, alors que l'on évalue l'immeuble à l'époque de l'ouverture : il arrive ainsi, qu'un héritier qui a produit une amélioration subsistant au décès, se voit frustré de la plus-value, si elle a postérieurement disparu, et cependant dès l'ouverture, il devient étranger à l'administration de l'immeuble qui est désormais aux soins de la masse. On a sans doute voulu estimer tous les biens à la même époque ; or, les biens existants étant toujours évalués au moment du partage, on a reporté à cette époque la prisée des biens donnés.

Une fois rapporté, l'immeuble viendra au partage comme les autres éléments du patrimoine, de manière que chacun en reçoive une portion égale, puisque, par hypothèse, la succession n'en renferme pas d'autres de même espèce. S'il n'est pas commodément partageable, on le licitera.

Si, à l'inverse, les cohéritiers du donataire trouvent dans la masse de quoi compenser en leur faveur l'avantage fait au donataire, le rapport se fera en moins prenant : les circonstances indiquent ici tout naturellement

la manière d'y procéder, confirmées en cela par l'article 830 : les non-donataires prélèveront avant tout partage des biens de nature et valeur pareilles à ceux que le défunt avait distraits de son avoir. Le résultat sera le même que si l'on eût tout réuni dans l'indivision, puis partagé conformément aux règles ordinaires ; mais l'opération aura été plus simple. Cependant le partage en nature subit une petite dérogation : cette partie du partage qui consiste dans les prélèvements, se fait par voie d'attribution, comme dans tous les cas où nous verrons admis le rapport en moins prenant ; ce sont autant de biens, dès lors, qui se trouvent soustraits au tirage au sort ; l'article 830, en effet, se place dans la loi avant les articles relatifs à la composition des lots, et l'opération qu'il prévoit est antérieure à celle-là. Partant, il ne peut encore être question de tirage au sort ; s'il y a des incapables, il faut bien admettre que les règles protectrices, édictées par la loi au livre des Personnes, suffiront (Douai, 5 décembre 1865, S. 66, 2, 233). Enfin le tirage au sort est moins utile, puisque le nombre des copartageants est diminué d'autant d'unités qu'il y a de donataires.

La loi ne dit pas quelle autorité l'on chargera de ces attributions : ce seront les parties elles-mêmes. S'il y a désaccord, le tribunal statuera. L'on évaluera l'immeuble à tous points de vue au moment du partage, puisqu'il s'agit de le comparer aux autres biens, qu'on doit prélever en échange, et qui s'estiment à la même époque (Demolombe, t. XVI, n° 525). Ici donc, au point de vue des améliorations ou détériorations provenant du fait du donataire, comme de celles engendrées, par une cause naturelle,

on fixera la valeur au temps du partage. L'article 861 n'est directement applicable qu'au rapport en moins prenant d'un immeuble aliéné. — Les dégradations et améliorations s'imputeront, comme au cas de rapport en nature; la perte fortuite survenue, même depuis le décès, libérerait le donataire du rapport.

Ce rapport en moins prenant est-il obligatoire? Le cohéritier ne pourrait-il pas, s'il le préfère, remettre l'immeuble dans l'hérédité, pour courir les chances d'un tirage au sort? Il nous semble que la loi ne lui retire nulle part ce droit; car, le texte de l'article 859 s'exprime ainsi: « *Le rapport peut être exigé en nature, excepté* »; quand il y a lieu à exception, cet article ne remplace pas une exigence par une autre, mais offre une simple faculté au gratifié, qui reste libre de recourir au mode normal, vu, d'ailleurs, de meilleur œil par le législateur. Enfin c'est une faveur que fait à l'héritier l'article 859; il doit pouvoir y renoncer (Aubry et Rau, t. V, p. 340; Demolombe, t. XVI, n° 524; *contra* jug. tribunal de la Seine du 28 juin 1856, *Gazette des Tribunaux* du 2 juillet 1856).

Le rapport se fera encore en moins prenant, quand l'immeuble, sujet à rapport, aura péri par la faute du donataire (s'il y avait un cas fortuit, il serait complètement libéré). La loi ne le dit pas expressément, cela résulte à *contrario* de l'article 855, qui, en le dispensant de tout rapport au cas de perte fortuite, laisse entendre qu'il en reste débiteur, s'il est en faute; dès lors, on ne conçoit pas d'autre mode que celui que nous avons indiqué, puisque l'objet n'existe plus. Le rapport en moins pre-

nant est donc alors obligatoire. L'héritier recevra le montant de ses dépenses nécessaires et de la plus-value qu'il a produite sur le bien péri, mais devra compte, en retour, des dégradations par lui commises. La loi ne lui impose pas, du reste, de dommages-intérêts, parce qu'en définitive c'est sa chose qu'il a détruite. Mais, il n'y a d'exception au rapport en nature que par suite de l'impossibilité de l'exécuter ; c'est toujours bien l'immeuble qui est dû. Nous n'appliquerions donc pas cette règle au cas de perte partielle, l'article 855 parlant, du reste, d'un *immeuble entièrement péri*. D'autre part, l'obligation de rendre l'immeuble ne s'est pas convertie en une obligation de somme d'argent ; elle reste toujours immobilière. En troisième lieu, pour apprécier la valeur à rapporter, il faudra se placer au moment de l'ouverture comme s'il s'agissait de l'immeuble lui-même, en tout ce qui n'est pas le fait de l'héritier ; quant aux bonifications ou détériorations par lui produites, elles s'apprécieront eu égard au moment du partage.

Dans notre hypothèse, comme dans les suivantes, on conçoit plusieurs formes de rapport en moins prenant ; celle qui s'adapterait le mieux aux termes employés par la loi, serait celle d'un partage réel, où le rapportant n'obtiendrait que la différence entre le montant total de sa part et ce qu'il a déjà entre les mains ; mais, avec ce procédé, il faudrait, ou faire un partage entier par attribution, ce que la loi n'autorise pas, à moins que tous ne soient consentants, présents et majeurs ; ou bien fractionner la masse, en lots égaux au montant de cette différence, ce qui serait bien souvent impraticable, et ne saurait trou-

ver aucune base dans les textes. Le seul procédé admissible, nous l'avons indiqué : l'article 830 en traite comme du mode normal de rapport en moins prenant : le donataire laissera prélever par ses cosuccessibles des valeurs analogues à celles dont il est nanti. Ici encore, on évite le tirage au sort, même s'il existe des incapables (pour la partie prélevée seulement, bien entendu). Aux termes de l'article 830, les prélèvements se font autant que possible en objets de même nature que l'immeuble péri, comme dans toutes les hypothèses de rapport en moins prenant. Si la masse est assez abondante et variée, pour répondre à la pensée de cet article, les héritiers seront à peu près apporportionnés, comme l'a été le rapportant ; si ce dernier n'a plus l'immeuble, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Mais, tout compte fait, il a reçu la même part de corps héréditaires que ses collègues.

La donation aura parfois eu une telle importance que la valeur de l'immeuble péri dépassera le montant de la part héréditaire du donataire. Il a, évidemment, à restituer le surplus. Il ne peut être question, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, de le remettre en nature : il doit donc une somme d'argent, représentant la valeur de l'excédent, et en calculant cette valeur d'après les articles 861-864. L'atteinte au partage en nature existe, mais elle est forcée ; il a reçu sa part totale en immeubles ; les autres en toucheront une partie en valeur seulement.

Revenant partiellement sur l'idée qu'elle semblait consacrer dans l'article 865, la loi édicte une troisième fois le rapport en moins prenant, quand l'immeuble a été aliéné par le gratifié. Pourquoi cette sorte de contradiction,

alors surtout qu'en une matière voisine, la réduction, l'aliénation ne forme pas un obstacle absolu à l'action des héritiers lésés? Il y a là un reste de l'ancien droit; l'on a considéré qu'il était plus grave de porter atteinte au droit de propriété qu'à ses démembrements, et que l'intérêt des héritiers à obtenir le rapport était moins sérieux que celui des réservataires, à réclamer la portion à eux légitimement due. Tandis que les réservataires, si leur action échoue contre le donataire, auront un recours contre le tiers acquéreur, les droits de ce tiers ont paru assez sacrés, pour qu'il ait été mis à l'abri des poursuites de simple héritiers non réservataires.

On s'entend généralement à décider, que le mot *aliénation* est pris dans un sens assez étroit, et ne comprend aucune constitution de droits réels, démembrements de la propriété; on laisse ainsi intact le domaine de l'article 865. Ce mot doit s'entendre ici, toutefois, dans le sens que lui attribue ordinairement le Code, et renferme la vente, l'échange, la dation en paiement, l'apport en communauté, si le bien, par le partage de celle-ci, échappe définitivement à l'héritier. Enfin, ce mot comprend encore l'aliénation indirecte, telle que la renonciation à un droit; par exemple, un petit-fils, venant à la succession de son grand-père donateur, par représentation de son père donataire, dont il a répudié l'hérédité, doit le rapport (article 848); mais, comme il a aliéné cet immeuble, par sa renonciation, il n'en doit que le rapport en moins prenant. — Les tribunaux ont eu à se demander récemment si l'immeuble acquis en échange de l'immeuble donné, ne serait pas, lui, rapportable tel quel;

une femme mariée avait reçu de son père un immeuble, en échange de celui qui lui avait été constitué en dot lors du mariage ; l'espèce n'était pas sans quelque analogie avec celle de l'article 1407, qui a, lui, admis la subrogation réelle. Mais, cette subrogation est une fiction qui ne peut s'étendre par analogie ; l'immeuble a été aliéné, et la loi ne fait pas de distinction entre les diverses modalités d'aliénation, encore bien moins entre les motifs plus ou moins éloignés, qui en sont la cause. On fait observer, en faveur de l'opinion contraire, que le bien, aliéné par l'épouse, l'a été au profit du père, et, par suite, de la masse ; mais la loi ne distingue pas non plus, si l'acquéreur est un tiers ou la succession elle-même. Avec l'opinion que nous combattons, l'on aurait un troisième mode de rapport, qui ne serait ni en nature, ni en moins prenant, et la loi n'admet que ces deux modes. La question a été tranchée en notre sens par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 décembre 1888, D., 90, 1, 373.

Que décider au cas d'aliénation partielle ? Les circonstances ont prouvé, que le bien était divisible ; on appliquera distributivement les règles du rapport en moins prenant et du rapport en nature, ce qui montre que c'est avec raison que nous avons appliqué aux deux espèces de rapport les mêmes règles sur les améliorations et dégradations (*contra* cependant Demolombe, t. XV, n° 521).

L'immeuble doit avoir été aliéné avant l'ouverture, puisque c'est à ce moment que se fixe le droit au rapport. C'est toujours l'immeuble qui reste dû, comme au cas précédent ; on s'en convaincra facilement à la lecture de

l'article 864, qui impute les plus et moins-values, provenant du chef de l'acquéreur, conformément à celles causées par l'aliénateur. D'ailleurs, l'article 860 a fixé invariablement le *quantum* à prélever à la valeur de l'immeuble lors de l'ouverture. — Tout devra se passer, comme si l'immeuble faisait encore partie de la fortune du donataire. S'il périt par cas fortuit chez l'acheteur, il n'y aura plus de rapport, même en moins prenant; l'article 855 est tout à fait général, et, d'ailleurs, nous supposons la perte survenue avant l'ouverture. Sans quoi, nous retomberions dans une hypothèse de rapport en nature. Le fait de l'aliénation ne regarde pas les cohéritiers (en ce sens, Demolombe, XVI, 518; Aubry et Rau, t. VI, § 634; Pothier, *Traité des successions*, chapitre IV, article 2, n° 17; en sens contraire, Vazeilles, article 855, n° 5).

Les règles ci-dessus sont applicables à l'aliénation résultant d'une expropriation forcée; l'adjudicataire est dans la situation de tout acquéreur, et l'aliénation reste toujours volontaire, dans une certaine mesure, le donataire pouvant l'éviter en payant.

Avec tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, § 634), nous donnerions une solution tout opposée, si l'aliénation était vraiment forcée; ainsi l'héritier a subi une expropriation pour cause d'utilité publique, une action en résolution ou en réméré, un retrait; il n'a été pour rien dans les faits qui ont causé ces aliénations. Le défunt les eût subies, s'il avait vécu, comme le donataire, et eût obtenu soit une indemnité d'expropriation, soit le prix du réméré ou du retrait; le donataire rendra pa-

reille somme. Mais, il est débiteur d'une quantité fixe et invariable ; il ne peut plus être question de perte fortuite ou de modifications dans la valeur de la chose ; elles ne changeraient pas le quantum de la dette du rapportant.

Le rapport en moins prenant, en cas d'aliénation, revêt-il un caractère obligatoire ? L'héritier préférera peut-être le rapport en nature, s'il peut obtenir de son acquéreur la résiliation de son contrat ; l'intérêt du tiers est alors hors de cause. Cette résiliation peut même avoir déjà eu lieu, soit volontairement, soit en vertu d'une clause même de l'acte d'aliénation (réméré), et fort peu de temps après la vente, alors qu'il n'était encore nullement question de rapport. — Nous admettrons le rapport en nature, et sur les bases que nous avons posées. Nous avons dit que l'immeuble lui-même restait dû.

D'ailleurs, l'immeuble n'est plus *aliéné*. Nous admettrions même que le rapport *devrait* s'opérer en nature, si la résiliation s'était opérée avant l'ouverture et *ex causâ antiquâ* ; en pareil cas, aucun des motifs de l'article 860 n'existe.

Les héritiers retrouveront la valeur de l'immeuble dans les prélèvements qu'ils feront. Il y a bien encore partage en nature, si l'aliénation a été volontaire, car, en aliénant, le donataire n'a fait qu'exercer son droit de propriété jusqu'au bout, l'*abusus* ; il avait la faculté de garder l'immeuble. — L'égalité est un peu entamée à son détriment, s'il a subi l'aliénation. Il est privé de son immeuble, et ses cohéritiers vont en recevoir de pareils, qu'ils retiendront. L'inégalité résulte du choix néces-

saire du donataire comme exproprié ; car quiconque eût reçu l'immeuble dans son lot, eût subi le même sort ; mais, par l'effet de notre solution, il court seul le risque d'expropriation ; cette petite inégalité est compensée, du reste, par la jouissance que le donataire a retirée de l'immeuble depuis la libéralité.

Comment traiter l'acquéreur, si la valeur de la part de l'héritier est moindre que celle de l'immeuble ? Ici, l'impossibilité d'un rapport en nature n'est plus absolue, comme dans le cas précédent de rapport en moins prenant, puisque l'immeuble existe. Faut-il dès lors admettre, que cet acquéreur doive rendre l'excédent en argent, si l'héritier est insolvable ? Quelques auteurs l'exigent, parce que, disent-ils, les héritiers doivent avoir au moins leur part en argent, et que c'est là le seul moyen de l'obtenir. L'acquéreur deviendra leur débiteur de cette somme. — Mais l'article 860 ne distingue pas. La circonstance, que l'immeuble excède ou non la portion de l'héritier, est indifférente au tiers, qui a payé son prix. Il est aussi digne d'intérêt que les héritiers, qui manquent seulement de gagner, tandis qu'en lui demandant quelque chose au-delà de son prix, on le constituerait en perte. S'il n'a pas encore soldé son acquisition, les héritiers pourront faire saisie-arrêt sur lui contre leur cosuccesseur, débiteur du rapport.

Enfin la dispense de rapport en nature peut provenir du *de cuius* lui-même : il peut exonérer de tout rapport ; à plus forte raison, lui est-il loisible de ne faire porter la dispense que sur le mode de rapport. Seulement, l'interprétation de sa volonté sera maintes fois délicate,

quand il n'aura pas précisé lui-même la portée de la clause, ce qui arrivera fréquemment. — Le plus souvent, il aura voulu conférer une simple faculté à son successible, qui pourra toujours y renoncer. Il peut, s'il le désire, rendre obligatoire le rapport en moins prenant, qui, à défaut d'autre clause, s'opèrera conformément à l'article 830.

Dans les deux cas précédents, la valeur à rapporter se calculera conformément aux articles 860 et 861, par analogie.

Si le *de cujus* a évalué lui-même la somme à rapporter, par exemple dans la clause suivante : « je donne en avancement d'hoirie mon immeuble à *Primus*, qui, s'il le veut, pourra rapporter en échange le montant de sa valeur, estimée à tant », il y a lieu, au contraire, en cas d'option du donataire pour l'estimation, au rapport d'une valeur fixe, comme dans l'hypothèse de l'article 868. Ce sera un forfait, que le donateur aura établi, et qui restera indépendant des changements d'état ou de valeur de l'immeuble.

Le *de cujus* peut enfin imposer le rapport d'une valeur fixe, le montant de l'estimation, sans laisser à son successible la faculté de rapporter en nature. Il y a alors une dette de somme d'argent, qui a pris naissance dès le début. Non seulement l'on n'a plus à se préoccuper du sort de l'immeuble depuis la donation, pour déterminer le *quantum* à restituer, mais il n'y a même plus lieu au rapport proprement dit, même en moins prenant. On ne réglera plus au moyen de prélèvements. Les autres successibles sont réduits à une action personnelle en paie-

ment de la somme fixée. L'égalité en nature subit, ici, une grave exception ; mais, elle résulte de la volonté du *de cuius*, qui devra, du reste, être bien formelle à cet égard.

Une cinquième exception est prévue par l'article 866, que nous devons expliquer à la fin de notre étude.

§ 2. — *Rapport des meubles.*

La règle, pour les meubles, est renversée. Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant (art. 868). Les meubles incorporels, lors de la rédaction du Code, n'avaient pas l'importance qu'ils ont acquise depuis ; l'on n'avait guère en vue que le mobilier matériel, qui se détruit peu à peu par l'usage. Rapporter le meuble lui-même eût été souvent ne rendre qu'une bien faible partie de la valeur donnée. On peut répondre, il est vrai, que l'usage de ces meubles équivalait à la jouissance des immeubles, et que l'article 856 dispense celle-ci de restitution. Mais, tous les meubles ne s'emploient pas de la même manière ; il en est d'un usage quotidien qui sont promptement hors de service, en sorte que le moment venu, il ne resterait plus rien à remettre à la masse ; d'autres ne se consomment qu'en un laps de temps beaucoup plus long (machines, véhicules) ; la plupart des meubles incorporels ne souffrent pas du seul fait de leur durée ; enfin, quelques-uns gagnent à vieillir (collections d'objets d'art, tableaux). Il eût été difficile d'établir une moyenne, même approximative, et d'estimer en quoi consiste pécuniairement la jouissance d'un meuble. La base

de l'évaluation est tout naturellement l'état estimatif, prescrit par l'article 948 pour toute donation d'effets mobiliers; les héritiers obtiennent ainsi l'équipollent exact de ce qui a été donné à leur cohéritier. Nous avons vu, par avance, les règles de ce rapport. C'est un rapport de valeur, mais cette valeur est fixée indépendamment des destinées ultérieures du meuble; qu'il périsse par cas fortuit, se détériore ou gagne en valeur, on n'a qu'un document à consulter, l'état estimatif. Le disparate que nous avons constaté dans les solutions respectives des articles 860 et 861 ne peut être reproché ici au législateur. C'est toujours la valeur au temps de la donation, que l'on rapportera, valeur presque toujours constatée dans un état estimatif. Toutefois, cet état peut avoir été perdu ou ne pas exister, parce qu'il y a eu don manuel. Cela n'empêchera pas l'application de l'article 868, mais il faudra, lors du partage, procéder à l'estimation qu'il indique.

Ce rapport en moins prenant se rapproche de celui des immeubles, en ce qu'il est également régi par l'article 830, que nous étudierons au paragraphe suivant.

Il est certain, malgré les termes impératifs de l'article 868, que le donateur a toujours loisir, d'imposer le rapport en nature au gratifié, et cette clause pourrait même s'induire des termes de la libéralité.

Le législateur, nous l'avons dit, a prêté peu d'attention à toute une catégorie de meubles, qui constituent la majeure partie des fortunes mobilières actuelles, les meubles incorporels. Doit-on leur étendre l'article 868? On a soutenu la négative en se fondant sur les motifs de

cet article. Le législateur n'a guère songé à ces biens, qui paraissaient alors de peu d'importance. L'article 868 n'est pas général, puisque l'article suivant vient y déroger pour l'argent comptant. — Comme d'ailleurs, aucun autre article n'a traité aux meubles incorporels, il faut en revenir à leur égard au droit commun, et les soumettre au rapport en nature. — On invoque l'article 1567, qui permet au mari débiteur de la restitution de créances dotales, de se libérer, en rendant les titres seulement (Marcadé, art. 868, n° 11).

Nous dirons que la loi, depuis l'article 859 jusqu'à l'article 867, ne s'occupe que des immeubles ; aucun de ses termes ne laisse supposer qu'elle ait pensé à d'autres biens. Arrivé à l'article 868, le législateur passe aux meubles. Si cet article ne régit que les meubles corporels, on est obligé d'avouer, que toute une série de biens est restée en dehors de la loi. Nous tirerons un argument tout autre des idées des rédacteurs : précisément, comme l'importance des biens incorporels leur avait échappé, ils les ont assimilés aux autres, et ont rédigé un seul article pour tous les meubles en bloc, ne faisant qu'une exception pour le numéraire ; l'article 535 déclare bien que l'expression mobilier, qu'a employée l'article 868, s'entend généralement des créances, actions, rentes, etc. ; rien ne nous autorise à nous départir de cette interprétation. Les meubles incorporels, sans doute, ne sont pas destinés par eux-mêmes à un prompt dépérissement ; mais, le législateur avait en vue les meubles en général, et n'a pas regardé au delà ; il a peut-être obéi aussi à des motifs, plus secondaires, mais ap-

applicables à tous les meubles : la fortune mobilière se convertit plus facilement en argent, et est plutôt destinée que sa rivale à la circulation.

L'article 1507 s'occupe du mari usufruitier et débiteur de la restitution. Ici, le droit de propriété se trouve lui-même en jeu. On a voulu intéresser le titulaire à faire valoir ses biens, en lui laissant le bénéfice des augmentations ; avec le rapport en nature d'une créance, par exemple, le donataire laisserait son débiteur devenir insolvable, s'il ne devait pas recueillir directement le profit de la dette ; il n'aurait qu'à restituer le titre, pour être quitte envers ses cohéritiers. On pourrait même dire qu'en ce sens, la créance est sujette à dépérissement par l'usage, comme tout autre meuble. Enfin, les offices rentrent dans les meubles incorporels, et, bien qu'ils fussent immeubles autrefois, ils n'étaient rapportables qu'en moins prenant ; il fallait éviter que le titulaire fût exproprié de sa fonction, alors qu'il avait toutes les aptitudes nécessaires pour la remplir. Il faut maintenir cette solution aujourd'hui par *à fortiori*, les offices étant devenus meubles. Si les offices ne sont rapportables qu'en moins prenant, il en faut dire autant de tous les meubles incorporels (Demolombe, t. XVI, n° 547 ; Aubry et Rau, t. VI, § 634 ; Nîmes, 24 janvier 1828, S., 30, 2, 111 ; Cass., 9 février 1880, D., 80, 1, 313). Ce dernier arrêt a tiré de ce système une conséquence remarquable au point de vue de l'enregistrement ; l'ascendant avait donné entre-vifs à plusieurs de ses enfants une valeur industrielle, qui avait acquis une plus-value considérable au moment du décès ; les héritiers convinrent que le succes-

sible non avantage préleverait une valeur semblable. C'était faire donation à leur cohéritier de la plus-value ; la règle de l'article 868 eût exigé, après ce prélèvement, un paiement de cette plus-value aux autres héritiers. Cette donation de la plus-value fut soumise par cet arrêt au droit de mutation.

Il existe, toutefois, dans la doctrine que nous venons de combattre, une certaine part de vérité ; les arguments, par elle invoqués, subsistent en partie, et voici comment on pourrait en tenir compte. Le défunt, nous l'avons dit un peu plus haut, peut permettre à son héritier, ou même lui imposer le rapport en nature. Par analogie de l'article 860, l'objet de ce rapport sera le meuble tel qu'il se comporte au moment de l'ouverture ; notamment, s'il s'agit d'un titre de rente ou d'une action, ce sera le titre lui-même avec sa valeur à cette époque ; tel est bien le sens, en effet, des mots « rapport en nature » et de l'intention du donateur. Or, nous avons dit que cette intention peut être expresse ou tacite. On la présumera plus facilement, lorsque la donation portera sur un de ces meubles incorporels, dont l'attribution au donataire a été pour lui une faveur toute spéciale, en lui procurant, par exemple, un revenu bien supérieur à l'intérêt ordinaire de l'argent. Ce sera une action non encore cotée à Bourse, et qui doit d'ici peu produire un revenu fort rémunérateur (actions de la tour Eiffel au début, mines d'Anzin) ; ou bien c'est un fonds de commerce auquel le percement d'une voie nouvelle va donner un immense essor. Dans tous ces cas, le *de cujus* a pu prévoir au moment de la donation une plus-value considérable dans l'objet de sa libéralité : comme il a

voulu évidemment maintenir l'égalité entre ses successeurs, n'ayant pas inséré de clause de préciput, il n'a pas dû vouloir abandonner à ce donataire toute cette plus-value, qui égale ou dépasse peut-être le montant de la libéralité primitive. — Cependant, la circonstance que nous venons d'indiquer ne serait pas, à elle seule, suffisante. Il faudrait que l'ensemble de l'acte confirmât cette induction ; seulement, dans notre espèce, l'intention du *de cuius* se présumera plus facilement.

En sens inverse, il est certains cas, où l'on devra admettre beaucoup plus difficilement la volonté d'écarter l'article 868 : c'est lorsqu'il s'agit de biens incorporels, destinés à périr à bref délai, soit par leur nature, comme les brevets d'invention, dont la durée *maxima* est de 15 ans, soit par suite de circonstances spéciales, connues au moment de la disposition ; par exemple, je cède gratuitement à mon héritier une entreprise de transports à traction de chevaux, et l'on vient de mettre à l'étude ou de déclarer d'utilité publique un chemin de fer, qui doit effectuer le même parcours. Dans ce cas, le bien incorporel est destiné à un anéantissement prochain, comme le mobilier ordinaire : les motifs de l'article 868 reprennent toute leur force, et l'égalité veut que les héritiers obtiennent une valeur comparable à celle qu'a reçue le donataire ; c'est-à-dire qu'on se reporte, pour l'estimer, au temps de la donation. Quand l'intention du donateur, cependant, se sera clairement manifestée en faveur du rapport en nature, il faudra bien la suivre, et alors, la dispense de rapport en moins prenant pourra revenir à une dispense complète de rapport. Que le brevet d'invention,

par exemple, ait, au moment du décès, plus de 15 années d'existence, et la remise du titre à la masse ne sera plus pour elle d'aucune utilité.

L'estimation doit donc se faire normalement sur le pied de la valeur au moment de la donation. Pas de difficulté pour les valeurs cotées à la Bourse. Pour les titres non cotés et les rentes ou créances sur particuliers, l'on apprécie le montant du capital nominal, sauf au donataire à demander une expertise, s'il prétend que ce *quantum* dépasse la valeur réelle. De même, pour un office ministériel, eût-il été vendu ou supprimé, le titulaire eût-il été destitué, on en doit l'estimation au moment du don. Ainsi encore pour un fonds de commerce.

Pour le brevet d'invention, l'expertise sera le plus souvent nécessaire, et l'estimation bien difficile à faire; mais on est lié par le texte de l'article 868.

D'après la jurisprudence, le bénéfice de l'assurance, contractée par une personne au profit de ses héritiers nominativement désignés, constitue une libéralité rapportable (Cass., 8 février 1888, D., 88, 1, 193 et 201). Mais, quelle est la valeur à rendre, le montant des primes ou l'indemnité? Les arrêts ont admis, sans discussion, le rapport de l'indemnité. Il nous semble plus juridique de s'arrêter à celui des primes versées par le donataire; car une analyse un peu approfondie de l'assurance sur la vie montre que la somme fournie par la compagnie est, non la compensation des primes versées par une personne jusqu'au moment voulu, mais celle de toutes les primes payées par les assurés dans l'année; il est donc illogique d'en imposer le rapport. Au con-

traire, la véritable libéralité qu'a faite le *de cujus* à ses héritiers, est celle des primes, destinées à leur conserver le bénéfice du contrat. Nous faisons, du reste, nos réserves sur le système de la jurisprudence, que nous ne pouvons discuter dans cette étude.

§ 3. — *Rapport du numéraire.*

L'article 869 contient une disposition spéciale sur l'argent comptant. Il nous indique d'abord implicitement, que le rapport en moins prenant de l'argent comme des autres biens se fait par un prélèvement de biens de même nature, c'est-à-dire d'argent comptant. En cas d'insuffisance de ce numéraire, l'héritier peut choisir entre deux partis : 1° le rapport du numéraire; ceci ressemble au rapport en nature; mais il faut remarquer que ce ne sont pas identiquement les espèces reçues qu'il rendra, ni même leur valeur réelle au moment de la donation (Aubry et Rau, t. VI, § 634), mais, uniquement la valeur nominale qu'elles représentaient à cette époque. Il a, comme lorsqu'il s'agit d'autres meubles, une somme fixe à rendre sans risques à courir. C'est bien le rapport en moins prenant de l'article 868; 2° à défaut de biens de même nature il *peut* rapporter directement une valeur à la masse. Ceci est spécial au donataire d'une somme. Il n'y est pas tenu; car il peut consentir à abandonner à ses cohéritiers du mobilier, et, à défaut de mobilier, des immeubles de la masse jusqu'à due concurrence.

Nous avons dit que cet article était spécial au numéraire ; il s'agit de justifier notre affirmation. Remarquons, avant tout, que l'article 869 est le seul, qui règle à fond le rapport en moins prenant. L'article 830 se borne à dire que les prélèvements se font en biens de même nature, sans déterminer les règles à suivre, quand il ne se trouve pas de ces biens dans l'hérédité. Devra-t-on alors continuer les prélèvements en autres biens, ou bien verser réellement une somme à la masse ? — Nous avons là deux questions à voir successivement : le prélèvement en biens différents est-il possible ? Si oui, est-il obligatoire ?

On admet, en général, que les héritiers, créanciers d'un rapport en moins prenant, après avoir épuisé les biens de même nature que celui qu'on leur doit, peuvent se rabattre sur les autres corps héréditaires ; l'article 830 indique un prélèvement d'une *valeur égale* sur les biens de la succession. Ces termes sont très généraux. Il ajoute une restriction, au cas où il serait *possible* de trouver des biens équivalents à ceux de la donation. On doit alors les choisir de préférence. S'il y a impossibilité, on sort de l'exception pour revenir à la règle. Le prélèvement se présente comme un mode de paiement, un moyen de liquidation, tendant au même but que le partage dont il est le complément : assurer à tout héritier une part équitable dans chaque catégorie de biens. Mais, si la seconde disposition de notre article est inapplicable, il vaut encore mieux se payer en biens héréditaires, même différents, que recevoir une valeur non successorale. — Dans quel ordre exercer alors le choix des biens ? L'article 869 cons-

titue-t-il le droit commun sur ce point ? Il ne peut évidemment se prendre littéralement : si l'on doit compte, par exemple, d'une valeur mobilière, l'article 830, 2^o impose d'abord le prélèvement d'un autre meuble. Mais, nous croyons que l'idée qui a inspiré l'article 869, est la même qui a servi de fondement à l'article 830 ; il faut se rapprocher, autant que possible, dans son choix, de l'objet rapportable. C'est ainsi que l'article 809 parle d'abord des meubles, qui ressemblent le plus à l'argent comptant, et en dernier lieu des immeubles. S'il s'agissait d'un immeuble, on devrait suivre l'ordre exactement inverse.

Pour le mobilier, on a voulu (MM. Demante et Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, t. III, n^o 203 *bis*) suivre l'ordre de l'article 869. En effet, dit-on, on devient débiteur d'une valeur fixe, déterminée, d'une somme d'argent. L'article 869 s'applique à tous les cas, où l'on ne doit rapporter qu'une somme d'argent. — Mais, ce système ne tient pas un compte suffisant de l'article 830, 2^o. Cet article ordonne de prélever des biens de même sorte que le bien donné. Or, il s'agit de mobilier : on doit d'abord s'en prendre au mobilier de la succession. Cet article ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles : il s'applique même plus spécialement aux meubles, qui fournissent les cas les plus fréquents de rapport en moins prenant. Enfin, l'article 869 est contraire au système précédent ; car il débute ainsi : « Le rapport de l'argent donné », termes qui ne visent qu'une donation véritable de somme d'argent, et nous sommes dans l'hypothèse d'une libéralité d'un meuble autre que de l'argent.

Les meubles une fois épuisés, on devra s'attaquer à

l'argent comptant, qui est, lui aussi, mobilier; les immeubles viendront en dernière ligne.

L'héritier non donataire peut donc prélever sur l'ensemble de la succession, pour se mettre sur le même pied que son co-successible. Mais, l'article 869 dispense le donataire de ce prélèvement, s'il n'existe pas de biens de même nature, et moyennant une somme suffisante, à remettre à la masse. Est-il encore en cela l'application de l'article 830, ou pose-t-il une règle, qui ne régirait que le donataire de sommes? En d'autres termes, à défaut des biens, dont parle l'article 830, 2°, le prélèvement reste-t-il néanmoins obligatoire comme mode de rapport, ou peut-on se libérer, en payant une somme à la masse?

Un premier système, peu suivi, admet que l'article 869 sera toujours applicable (Marcadé, art. 869, n° 1) : le rapport n'étant plus dû en nature, ne porte que sur une valeur pécuniaire; l'article 860 impose le rapport de la *valeur* lors de l'ouverture.

Le second système (MM. Demante et Colmet de Santerre, *Code civil*, t. III, 203 *bis* III) fait une distinction entre les meubles et les immeubles, les premiers restant assujettis à l'article 869; nous l'avons dit nous-même, le rapport en moins prenant d'un immeuble diffère de celui des meubles, en ce que l'immeuble lui-même y est dû; en cas de meubles, l'on ne doit compte que d'une valeur; rien de plus naturel, alors, que d'autoriser le paiement en argent.

Nous ne croyons l'article 869 applicable qu'au numéraire. Le partage en nature reste la préoccupation du législateur. L'article 830, 2°, domine toute la matière ;

or, il n'indique, pour effectuer le rapport en moins prenant, qu'un seul moyen ; on doit s'y tenir, tant qu'il reste possible. On conçoit un régime spécial à l'argent comptant qui, à proprement parler, ne fait jamais partie d'un patrimoine ; on n'a pas à remplacer un corps héréditaire. Nous étendrions volontiers, pour la même raison, la règle de l'article 869 à tout ce qui se transforme immédiatement en argent, comme les denrées dont parle l'article 1291, c'est-à-dire dont le prix est réglé par les mercuriales. Mais, on ne saurait aller plus loin. Nous rappellerons toutefois, que nous avons admis les solutions du deuxième système au cas où le donateur aurait formellement imposé, à forfait, le rapport d'une certaine somme ; mais il y avait un facteur de plus, la volonté du disposant, qui nous dictait cette règle, et même alors, le cas n'est pas identique ; car le prélèvement est alors complètement interdit (voir ce que nous avons dit *suprà*).

Nous avons toujours sous-entendu jusqu'à présent, qu'il s'agissait d'une somme directement donnée par le défunt. Il arrive quelquefois au donateur, tout en promettant une somme et créant ainsi un droit irrévocable au profit du donataire, de stipuler soit dès le début, soit postérieurement, qu'elle sera payée en un bien autre que de l'argent : il y a eu création d'obligation, suivie de dation en paiement. — Comment opérer le rapport ? Doit-on suivre les règles des immeubles, des meubles ou de l'article 869 ? Ici, l'objet essentiel de la donation est une valeur ; la dation en paiement n'a été qu'un moyen de s'acquitter, nous sommes bien dans le domaine de l'article 869,

et ce seront ses règles particulières qu'il faudra suivre (Cas., 17 janvier 1870, D., 70, 1, 302).

Section II. — Rapport des legs.

Le legs est compris dans les termes de l'article 843, au point de vue du rapport. Si la loi s'était servie de la même expression qu'en parlant des dons, nous aurions tout dit du rapport des legs. Mais, le langage qu'elle a employé a fait naître une controverse sur l'application aux donations testamentaires des règles des dispositions entre-vifs. L'héritier ne peut, aux termes de l'article 843, *retenir* les dons, ni *réclamer* les legs. Y a-t-il là une intention du législateur d'établir des règles distinctes pour les uns et les autres ? On a donné de ce passage trois interprétations différentes. Le premier système, soutenu par M. Troplong (*Donations et Testaments*, t. II, p. 881), repousse dans tous les cas le rapport en nature ; c'est le seul moyen de donner effet à la volonté du testateur ; autrement, quel avantage le légataire retirerait-il de son legs ? En l'absence de déclaration formelle, on ne peut supposer au défunt l'intention de favoriser la répudiation de sa succession. Or, c'est ce qui arriverait, si c'est là le seul moyen pour le bénéficiaire, de conserver la libéralité ; cette interprétation serait d'autant plus fâcheuse, que le legs s'adressera le plus souvent à un des proches. D'autre part, le montant du legs peut être très inférieur à la part héréditaire du légataire, ou réciproquement, et par suite, on ne peut parler sérieuse-

ment de l'option de l'article 845. Enfin, les articles 858 et suivants ne parlent jamais des legs ; n'étant pas lié par les textes, l'on est dès lors maître d'adopter une solution, qui semble la plus conforme à l'équité. — Ce système est inadmissible : ou bien, le mot *réclamer* doit être pris dans le sens le plus strict, et alors, les conclusions devraient être diamétralement opposées à celles où conduit cette opinion ; ou bien le législateur ne l'a employé que pour la correction du langage, un legs devant toujours être *réclamé* par le bénéficiaire, et alors, l'assimilation doit être complète entre les dons et les legs.

C'est en faveur de cette assimilation que se prononce le second système. Dons et legs obéiront aux mêmes règles. Sans doute, l'article 843 n'a pas employé la même expression pour les uns et les autres. Mais, l'explication en est toute naturelle. C'est bien une réclamation que le légataire devra élever, pour avoir son legs. Lorsqu'il gardera son don, c'est bien, d'autre part, une rétention qu'il exercera. Si les articles 858 et suivants ne parlent que du donataire, c'est que beaucoup de leurs dispositions ne se conçoivent qu'au cas de donation ; le législateur, d'ailleurs, a pu agir ainsi *brevitatis causâ*. L'article 867 emploie, lui, l'expression générale d'héritier. La loi, en général, se montre plus favorable aux legs, qui ne dépouillent pas le *de cujus*, qu'aux donations entre-vifs, et, s'il y avait quelque différence, elle devrait plutôt se trouver au bénéfice des légataires. — Le principe de l'ancienne incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire a, du reste, disparu de nos lois.

Le legs, devenu irrévocable par le décès, doit produire les mêmes effets que la donation. Aussi, l'article 1014 donne-t-il au gratifié un droit à la chose dès le jour du décès. Enfin la loi emploie le mot rapport pour ces deux sortes de libéralités; or, le rapport se fait en nature ou en moins prenant, suivant les principes des articles 859 et suivants (Demolombe, t. XVI, n° 303; MM. Demante et Colmet de Santerre, t. III, n° 177 *bis* I; Cas., 11 février 1879, D., 79, 1, 297; Limoges, 23 mai 1888, D., 90, 2, 78).

Nous irons plus loin encore, et, avec MM. Aubry et Rau (t. VI, § 634), nous exigerons toujours l'abandon absolu du legs par le gratifié. Y eût-il dans la succession des biens de même nature, il ne pourra jamais garder sa libéralité, en offrant de les laisser prélever. La loi a employé le mot *réclamer*, pour séparer cette hypothèse de la précédente, le rapport des dons. Dans tous les articles qui réglementent les détails du rapport, il n'est jamais question que de donations. Le mot *rapport* est peu concluant; il est expliqué et détaillé immédiatement après par les deux termes techniques, qu'a employés la loi. Il y a là un reste, précisément, de l'ancienne incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. — Quand on en vient au rapport des meubles, il devient tout à fait évident qu'il ne peut plus s'agir de legs; à quel moment en apprécierait-on la valeur? L'article 868 se reporte au moment de la donation. De quel droit y substituer une autre époque, et quelle serait-elle, en cas de legs? Le motif manquerait aussi bien que le texte: les meubles perdent par l'usage; il ne peut être question ici d'usage. Tous ces articles résistent à une extension à la matière des legs. —

Si le partage en nature est la règle, on a pu y apporter quelques atténuations, quand il s'agissait de dépouiller un possesseur. En cas de legs, personne n'a encore eu de valeur entre les mains. — L'article 1014, qui donne un droit à l'objet légué dès l'ouverture, a été modifié en cela par l'article 843. — Nous reconnaissons que la libéralité deviendra ainsi illusoire pour celui qui en a été l'objet ; mais, le testateur a un moyen bien simple d'éviter ce résultat ; c'est d'insérer dans son testament une clause de préciput, ou tout au moins une dispense de rapport en nature ; d'autre part, l'avantage que retirerait le légataire de la libéralité resterait bien minime, même dans l'opinion qui lui est la plus favorable. Si l'on recherche l'intention du *de cujus*, il est probable qu'il a voulu procurer à son légataire autre chose que le choix entre un bien et sa valeur : il aura le plus souvent voulu faire un véritable préciput, et l'on regrette de ne pas trouver dans le Code, pour les legs, une présomption légale de dispense de rapport. Mais ceci regarde le législateur : effectivement, une proposition en ce sens a été récemment déposée à la Chambre des députés, et prise en considération ; le rapport a été déposé le 31 mai 1892 (dans le sens de notre opinion, Aubry et Rau, pass. précité ; Duranton, t. VII, n° 214 : Caen 23 décembre 1879, D., 81, 2, 201).

Section III. — Hypothèses particulières.

Dans notre section même, nous en trouvons deux. Le rapport est dû (par à *contrario* de l'article 853) des

avantages indirects, résultant de contrats passés avec le défunt. Comment entendre le rapport d'un avantage indirect ? En prenant un exemple, on voit aisément que tout se ramène à une question de valeur. Je vous vends pour 60,000 francs un immeuble qui en vaut 100,000, parce que vous êtes mon successible ; c'est un cadeau d'une somme de 40,000 francs, que je vous fais. Vous serez traité, comme si vous aviez directement reçu de moi pareille somme, et l'on vous appliquera l'article 869, relatif au rapport de l'argent. Il en serait de même d'une donation déguisée, qui, aux termes de la jurisprudence n'emporte pas par elle-même dispense de ce rapport ; mais on maintiendra au moins l'effet du contrat, en ce que le donataire pourra garder l'immeuble ; on peut admettre, que le vendeur a eu au moins la pensée de l'attribuer définitivement à son prétendu acheteur, dispensant celui-ci de le rapporter en espèce. Du reste, la vente a réellement eu lieu ; vous êtes devenu propriétaire en vertu de votre achat. La donation n'a été, en quelque sorte, que postérieure. En vous donnant, par exemple, quittance du prix, sans l'avoir touché, je vous en ai fait donation. La libéralité porte donc sur une somme.

On cite cependant un cas de rapport en nature d'avantage indirect, celui d'un bail consenti entre le défunt et un de ses héritiers présomptifs.

Nous croyons qu'en parlant ici de rapport en nature, on a commis une confusion. Voici, en effet à quoi conduit l'analyse de l'opération intervenue : par hypothèse, il ne s'agit pas de donation déguisée, qu'on pourrait de-

mander peut-être à traiter comme donation. Il y a bien donation indirecte. Mais de quoi ? Ce n'est pas de l'immeuble : il y a eu bail et bail sérieux. La libéralité a porté sur la différence entre le loyer stipulé et le juste loyer de l'immeuble. C'est le surplus du loyer stipulé qui a été donné : c'est ce surplus qu'il faut rendre. Voilà pour le passé. En ce qui concerne l'avenir, comme le bail est réel, et que les conventions lient nos héritiers et ayants cause (article 1122), le contrat de louage subsiste ; mais les héritiers peuvent faire estimer le prix réel de la location et le réclamer pour l'avenir au preneur : car, il doit le rapport de la donation indirecte, du profit qu'il a retiré du contrat (article 853). Le *de cujus* fût-il allé jusqu'à la donation déguisée, nous n'admettrions pas le rapport en nature, comme nous l'avons dit précédemment ; car, ce détour indique, dans sa pensée, l'intention de laisser son successible propriétaire définitif de l'immeuble : on tiendra suffisamment compte de l'absence de préciput, en obligeant le preneur à moins prendre dans la succession.

Il n'est pas impossible néanmoins, de trouver des cas de rapport en nature d'avantage indirect : le fait se présentera, lorsque cette donation aura pris la forme d'une renonciation. Je suis appelé à une succession opulente : sachant qu'un de mes héritiers doit, d'après l'ordre légal, bénéficier de cette succession à mon défaut, je renonce : ce fait constitue une libéralité indirecte en faveur de ce successible. Il en doit le rapport. Le rapport en moins prenant fonctionnerait difficilement ici. D'ailleurs, que dit l'article 853 ? Le rapport est dû « du profit... retiré ».

Le profit, ici, c'est toute la succession recueillie : elle doit être rapportée, pour être partagée également entre le donataire et ses cohéritiers, sauf les profits et intérêts jusqu'à l'ouverture.

Le défunt a cédé à un héritier ses droits indivis dans un immeuble ; puis, l'héritier a acquis, d'une manière ou de l'autre la partie qui n'avait jamais appartenu à son auteur. L'immeuble est indivisible, et l'on n'est dans aucun des cas de rapport en moins prenant. Que deviendra ce bien ? Cette hypothèse présentant beaucoup d'analogie avec celle dont s'occupe l'article 866, nous en appliquerons les règles. Dans notre cas, l'héritier a des droits indélébiles sur une partie de l'immeuble, tout comme l'héritier préciputaire, dans l'hypothèse de l'article 866 ; si la portion, acquise au donataire, est de plus de moitié de l'immeuble, il gardera le tout, sauf à rapporter en moins prenant la portion qui lui venait, par libéralité, du *de cujus* ; en cas contraire, il rapportera en nature, sauf à prélever sur la masse une valeur égale à celle qu'il avait acquise dans l'immeuble, indépendamment du défunt. — Si, resté dans l'indivision, il avait dû subir le partage, puis, reçu l'immeuble à la suite d'une licitation, il devrait rapporter directement la totalité de l'immeuble ; car, la cause de son acquisition réside entièrement dans la donation.

Dans le même ordre d'idées, comment résoudre un conflit entre deux codonataires, qui auraient tous deux la faculté de rapporter en nature ou en moins prenant l'immeuble donné conjointement, et seraient d'avis différents ? Comme ils sont dans l'indivision par rapport à

cet immeuble, il faudra d'abord faire cesser cet état de choses, et chacun, après avoir reçu sa part, la gouvernera, comme si les autres n'existaient pas. Il pourra rapporter en nature ce qu'il a obtenu, son co-successeur restant libre de rapporter en moins prenant.

En dehors de la section des rapports, nous avons à dire quelques mots de l'article 1573, et de l'imputation de l'enfant naturel.

L'article 1573 n'est à signaler que comme créant une nouvelle espèce de rapport. En cas d'insolvabilité du mari, cet article, que la dot soit mobilière ou immobilière n'exige de la femme que la restitution de son action en remboursement contre son mari. Ce n'est là un rapport ni en nature ni en moins prenant, mais la subrogation d'une créance aux biens, constitués en dot.

Arrivons à l'imputation de l'article 760. Nous en traitons ici, bien que l'intéressé soit réservataire, parce qu'il n'y a, en réalité, aucune question de réserve d'engagée. L'article 760 oblige l'enfant naturel, qui a reçu de ses parents une libéralité quelconque, à l'imputer sur sa part héréditaire, et l'article 908 vient déterminer la portée de cette imputation, beaucoup plus impérative que le rapport : ces enfants ne pourront *rien recevoir*, dit-il, au delà de leur part héréditaire ; ils ne peuvent être dispensés de l'imputation, ou s'en affranchir par une renonciation. Comment entendre le mot *imputer* ? Se trouve-t-on en présence d'un nouveau genre de rapport, ou n'a-t-on qu'à se reporter aux règles, déjà étudiées ? Quelques jurisconsultes, en petit nombre, séparent entièrement l'imputation du rapport, même en moins prenant ; la loi

aurait employé intentionnellement ce mot qui a une valeur propre, technique. *Imputer* consiste à garder ce que l'on a déjà, sauf à le retrancher de la valeur, qui doit vous revenir dans une masse. L'enfant est devenu propriétaire définitif des biens, qu'on lui a abandonnés. L'article 760 est placé, d'ailleurs, en dehors de la section des rapports. Conséquences : c'est la valeur au moment de la donation qui fixera le montant de l'imputation, et l'enfant gardera les intérêts, même échus depuis le décès (un arrêt de cassation rapporté au Sirey de 1831, 1, 18 a consacré cette dernière conséquence ; voir dans le sens de cette première opinion Marcadé, sur l'article 760, n° 1 ; Chabot, art. 760, n° 2).

Ce système se réfute lui-même par les conséquences qu'il engendre. Pourquoi laisser à l'enfant naturel le droit de garder les intérêts, alors qu'il peut les exiger de ses cohéritiers ? L'héritier, donataire d'un meuble, en est devenu propriétaire incommutable depuis le décès, et cependant, il doit le rapport des fruits et intérêts. Ce serait une faveur inexplicable, que la loi ferait à l'enfant illégitime, qu'elle traite d'ordinaire avec tant de rigueur. La loi n'emploie dans l'article 760 un mot nouveau, que pour ne pas changer brusquement l'ordre des idées, après avoir parlé du montant des droits de l'enfant naturel, et afin d'harmoniser les articles 756 à 760. Enfin il ne nous semble pas, que les auteurs du système précédent poussent jusqu'au bout les conséquences de leur opinion. Si l'on suit littéralement l'article 760 pour écarter les règles du rapport, l'on sort des prévisions de l'article 830 ; on ne pourra plus procéder par prélèvement, le partage

d'attribution deviendra nécessaire. Est-ce là ce qu'on a voulu ?

Un deuxième système, soutenu par MM. Aubry et Rau (Voir aussi Dalloz, *Répertoire alphab.*, V. *Succession*, n° 339 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n° 113), applique toujours les règles du rapport en moins prenant, la donation fût-elle immobilière. Le successible peut, en effet, être dispensé du rapport en nature, et la loi, en se servant du terme *imputation*, a sous-entendu la dispense ; autrement, l'article 760 n'ajouterait rien aux articles 843 et suivants. On appliquera donc, en tout cas l'article 856 ; spécialement aux immeubles, les articles 860-864 ; spécialement aux meubles, l'article 868.

S'il faut s'attacher au mot *imputation*, c'est dans le sens de la première opinion qu'il faudra décider ; si on ne le considère au contraire, que comme synonyme de *rapport*, il y a lieu d'appliquer toutes les règles de cette institution. Nous ne voyons pas de place pour le système intermédiaire que nous venons d'exposer ; pourquoi ; d'ailleurs, favoriser l'enfant naturel d'une dispense de rapport en nature en se fondant sur un article qui a justement été écrit contre lui ? L'on juge nécessaire, dans cet article, de préciser les obligations de l'enfant naturel, pour en finir avec lui une fois pour toutes, et calquer sa dette sur les droits, que la loi lui accorde. Ici, comme dans toute la matière des successions, il ne doit représenter qu'une fraction d'enfant légitime.

D'après une troisième doctrine, nous nous trouverions dans une hypothèse de réduction plutôt que de rapport (MM. Demante et Colmet de Santerre, *Droit civil*, t. III,

79 *bis*, III). L'article 760 ne doit pas être séparé de l'article 908 : c'est une mesure de protection pour la famille et non une pensée d'équité, qui l'a inspiré ; il vient renchérir sur les rigueurs du rapport, et partout où les règles de la réduction seront plus sévères, on devra les suivre. Cette opinion déduit de ce point de départ les mêmes conclusions que la précédente. Les partisans de ce système n'ont pas suivi leur idée dans toutes ses conséquences. Car, ils appliquent aux donations mobilières l'article 868, c'est-à-dire que les biens, sujets à imputation, s'estimeraient au jour de la donation. Or, si l'on veut appliquer les règles de la réserve, il faut consulter l'article 922, qui est une des dispositions les plus marquantes du Code sur la réserve : cet article, qui ne distingue pas entre les meubles et les immeubles, ordonne l'estimation au moment du décès : il semble difficile dès lors, avec le point de départ de ce système, de parler encore de l'article 868. — En suivant la même idée, et en supposant une donation d'immeuble, il faudrait admettre les solutions des articles 928-930, au détriment des tiers, pour toute la partie de la libéralité, qui excéderait la part de l'enfant : or, les auteurs, que nous combattons, ne mentionnent pas cette conséquence.

Nous ne croyons pas, du reste, que l'on soit en matière de réduction. Que l'article 760 et l'article 908 soient écrits dans l'intérêt de la famille, cela est incontestable ; mais ils le sont aussi bien pour les parents non réservataires que pour les enfants et ascendants, car ils ne contiennent aucune distinction. Aucun texte n'est assez formel pour autoriser l'application des règles de la réserve, toutes excep-

tionnelles. On reste sous l'empire du droit commun en matière de rapports. La loi considère l'enfant naturel comme une fraction d'enfant légitime, quant à ses droits successifs ; toutes les règles des successions doivent le régir dans cette mesure. On a fait la part assez large à l'article 908 et aux droits de la famille, en maintenant contre lui les principes inflexibles des coutumes d'égalité parfaite. Par contre, l'article 760, qui a été écrit en faveur des héritiers, ne doit pas leur nuire ; on peut très bien l'entendre comme se référant, pour les détails, à la section II du chapitre VI, en le scandant ainsi : *l'enfant naturel est tenu d'imputer.... d'après les règles établies*, etc., et en ne considérant comme complément du verbe *imputer* que la phrase comprise entre la première et la troisième virgule ; le renvoi porterait donc sur le mot *imputer*, et non sur la détermination des avantages soumis à rapport. Grammaticalement, l'interprétation est plus exacte. Les systèmes, que nous avons combattus, font tenir toute une théorie dans le mot *imputation*, alors que les articles 843 et suivants réglementent tout au long une institution analogue. Enfin, nous l'avons dit, on priverait les héritiers de leur part en nature au profit d'un successible, que la loi voit au contraire, d'un œil peu favorable, et la réciproque ne serait pas admise contre lui. Il pourrait toujours exiger de ses cohéritiers le rapport en nature, se fondant sur les articles 858 et suivants. — Notre conclusion sera, qu'on devra se conformer de point en point aux distinctions faites par ces articles : on rapportera en nature les immeubles, sauf exception ; on ne rendra les meubles qu'en valeur (Demolombe,

t. XIV, n° 99; Agen, 29 novembre 1847, D., 48, 2, 39). Avec ce système, on pourrait se demander, si le donateur pourrait dispenser l'enfant du rapport en nature, et si l'article 908 n'y fait pas obstacle; mais cet article ne vise que le montant des droits de l'enfant naturel. Pour tout le reste, nous demeurons régis par le droit commun, qui autorise cette clause. — La jurisprudence ne fournit sur la question que des arrêts très anciens. Nous en avons cité un de 1847 dans le sens de notre opinion. Un arrêt de Pau du 15 juin 1838, D., V° *Disp.* entre-vifs, n° 449, résout implicitement la question conformément à MM. Aubry et Rau.

Avant de quitter les rapports proprement dits, voyons comment ces difficultés ont été résolues par les législations étrangères.

La Belgique a conservé nos textes sur les rapports.

La législation qui, dans l'état actuel, procède le plus de la nôtre est la législation italienne; le Code civil de 1865 maintient le rapport en nature, mais toujours facultatif; le rapport en moins prenant devient même obligatoire, dès que l'immeuble a été aliéné ou hypothéqué à un tiers.

D'après le Code autrichien de 1811, le rapport s'opère par prélèvements, sur le pied de la valeur des meubles lors de la donation et des immeubles lors du décès; s'il n'y a pas assez de biens dans la succession, le donataire n'a cependant rien à restituer.

Dans le Code espagnol de 1889, on trouve également le rapport en moins prenant; mais on apprécie uniformément tous les biens au jour de la donation.

Enfin, aux termes du projet de Code civil allemand

(Lehr, *Éléments de Droit civil germanique*, t. II, p. 430 s.), le rapport ne sera jamais que d'une somme correspondant à la valeur du bien à l'époque de la libéralité ; mais ce sera un rapport effectif, un paiement à faire individuellement à chaque cohéritier, proportionnellement à sa part, et non un rapport comme celui de notre article 830.

Ainsi, le rapport en nature a disparu de presque tous les Codes étrangers. Nous pensons, qu'il en devrait être de même chez nous, et que le procédé des prélèvements sauvegarde suffisamment les droits des co-partageants. Si l'on comprend, au cas de simple partage, une stricte égalité, parce que rien ne milite plutôt pour l'un que pour l'autre, ce principe doit fléchir, quand on se trouve en présence de droits antérieurs, qu'il faut respecter dans une certaine mesure. Les choses ne sont plus entières ; le *de cujus* a manifesté une certaine préférence pour un de ses successibles, préférence dont il faut tenir compte ; peut-être l'a-t-il jugé seul capable de gérer le bien qu'il lui a confié ; cet héritier a pu, du reste, faire sur son domaine des frais très considérables, et si la plus-value, au moment du partage et peut-être par l'effet de circonstances passagères, reste bien au-dessous de ces frais, on ne lui rembourse cependant que cette plus-value ! Les donataires sont ainsi découragés de bien administrer, ne devant pas recueillir le profit de leurs soins. L'injustice est encore plus grande à l'égard des tiers, dont tous les droits autres que la propriété, acquis sur l'immeuble, se trouvent résolus par l'effet du rapport ; le donataire a pu se présenter comme propriétaire incommutable. La

donation a été transcrite. Mais, la transcription ne leur révèle pas, s'il y a des cohéritiers, et ils devront croire souvent le donataire sur parole ; il peut être le seul successeur connu alors ou habitant dans la région, même le seul héritier présomptif. Enfin, si l'immeuble est impartageable, il aura été rapporté sans bénéfice pour personne, puisque l'article 827 en impose la licitation ; cette dernière entraîne même des frais supplémentaires, qui retomberont à la charge de la masse.

On admet généralement en droit international, que le rapport, étant en grande partie fondé sur la volonté présumée du *de cujus*, doit obéir au statut personnel, sans préjudice des exigences de l'ordre public international dans chaque pays. Ainsi, dans une succession, même régie par la loi française, mais, contenant un immeuble situé en Italie, l'immeuble, hypothéqué à un créancier ne sera rapportable qu'en moins prenant, même pour l'opinion qui, contrairement à la jurisprudence, soumet les immeubles de la succession au statut personnel, comme les meubles.

CHAPITRE II

RAPPORT DES DETTES.

Des liens d'obligation peuvent avoir existé entre le *de cujus* et son successible. Si le défunt est le sujet passif de l'obligation, nous restons sous l'empire des règles ordinaires de l'obligation et du paiement ; le décès n'a changé, en effet, que le nombre des débiteurs. La situation du créancier n'est empirée que par l'obligation de recevoir désormais des paiements partiels ; il a, en revanche, plus de débiteurs, et les risques de perte diminueront en conséquence ; car, il y a plus de chance de rencontrer un débiteur solvable dans plusieurs héritiers. En tout cas, l'égalité n'est pas rompue entre lui et ses cosuccessibles ; car, il fait confusion de sa part dans la dette et d'une partie de sa créance. Comme débiteur, il n'est pas plus maltraité que ses collègues. Seulement, il a payé plus vite : dès le jour de l'ouverture.

Si nous intervertissons les rôles, il se trouve qu'au décès, un seul débiteur a devant lui plusieurs créanciers, y compris lui-même ; la situation n'est plus égale, parce qu'un des créanciers, l'héritier débiteur du tout, se trouve assuré de son paiement par l'effet de la confusion, tandis que les autres sont exposés à son insolvabilité. Cette situation, contre laquelle un créancier étranger se trouverait sans protection, ne devait pas subsister entre co-

partageants, que la loi s'attache toujours à maintenir sur un pied égal. Voilà l'idée qui explique, suivant nous, la formule de l'article 829, et domine la matière. Le législateur a été frappé de cette inégalité, et il a ordonné, que cet avantage, existant au profit de l'héritier débiteur soit remis à la masse. Il l'a fait dans cet article 829, en disant : « Chaque cohéritier fait rapport..... des sommes dont il est débiteur ». C'est ce qu'on appelle communément le *rapport des dettes*.

Mais, s'agit-il véritablement d'un rapport, comme la rédaction de l'article 829 le laisse supposer ? Cette question a donné naissance à une variété infinie d'opinions. Elles se répartissent, toutefois, entre deux grands courants d'idées. La plupart des auteurs partent de l'assimilation absolue du rapport des dons à celui des dettes : on se prévaut naturellement de l'expression *rapport* que contient l'article 829 ; d'autant plus, dit-on, que cet article renvoie expressément aux *aux règles ci-après établies*, c'est-à-dire, à toute la section des rapports ; la tradition était en ce sens, et toute cette matière a été empruntée à l'ancien droit. Sans doute, le prêt n'est plus gratuit ; mais si la gratuité n'est plus de sa nature, elle peut encore être stipulée, et c'est ce qui arrivera souvent entre le *de cujus* et ses successibles. De cette idée, les auteurs tirent les conséquences suivantes : la dette devient exigible dès le jour de l'ouverture, comme le rapport lui-même. Si la créance n'était pas productive d'intérêts, elle le devient dès ce moment-là, par application de l'article 856. Le représentant doit le rapport de ce qui est dû par le représenté, eût-il répudié sa succession

(article 848). Le rapport se fera à l'encontre des créanciers du débiteur. Le prélèvement constitue en effet, un droit de préférence pour les héritiers créanciers ; car, il fait partie de la liquidation, et les droits des créanciers sur la part d'un héritier sont subordonnés au résultat final des opérations du partage ; ils portent sur la part, telle que le partage l'a déterminée. Ce rapport, comme celui des dons, n'existerait que pour les successions *ab intestat*.

Lorsqu'on arrive à la détermination des dettes rapportables, les divergences éclatent entre les partisans de ce système.

MM. Aubry et Rau (t. VI, p. 605 et 606) soumettent à ce rapport toutes dettes qui ne sont pas contractées dans l'intérêt unique du *de cuius*, et qui sont certaines (ce qui exclut les dettes conditionnelles ou éventuelles).

M. Demolombe y fait rentrer d'abord les dettes, nées de l'indivision elle-même et celles de contrats de bien-faisances passés avec le défunt ; quant à celles venant de contrats à titre onéreux, il fait une distinction, basée sur l'article 853, suivant que la dette est ou non exigible ; le terme est un profit retiré de la convention, et l'article 853 dispense de rapport les profits tirés d'une convention intervenue entre le défunt et son héritier. MM. Aubry et Rau répondent que le terme n'est pas un profit, mais un mode de la convention ; il a pu être compensé par un avantage pour l'autre partie ; d'autre part, cette distinction est étrangère à l'article 829.

Une troisième opinion (M. Labbé ; M. Meynial, thèse de 1886) exige qu'une valeur ait passé du patrimoine du

défunt dans celui de l'héritier ; ainsi, la dette, provenant d'un contrat de prêt, serait rapportable ; mais, si l'héritier s'était engagé solidairement avec d'autres, il ne devrait compte que de la portion qu'il doit supporter sans recours : car, pour celle-ci seulement, il y a diminution du patrimoine en sa faveur ; s'il n'était que caution, il ne devrait rien rapporter du tout.

On peut reprocher à cette doctrine, comme aux précédentes, d'introduire des distinctions dans l'article 829, dont les termes sont cependant tout à fait généraux. Pourquoi, d'autre part, mêler l'idée d'avancement d'hoirie à des contrats passés avec le successible, comme s'il eût été étranger ?

Avec M. Laurent (voir aussi Deschamps, *Rapport des dettes*, 1889), il ne faut plus chercher la solution dans le rapport des dons ; car, entre celui-ci et le rapport des dettes, il n'y a de commun que le nom. Le rapport des dons tend à maintenir entre les héritiers l'égalité de droits, telle que la loi l'a constituée ; le dernier a, au contraire, pour but d'assurer l'égalité de fait entre tous les membres d'une même indivision ; ce n'est qu'un procédé de liquidation, un mode de paiement, un moyen d'éteindre certaines créances par une simplification dans les règles ordinaires du paiement. N'étant que cela, il ne peut avoir la prétention de tenir en échec des droits acquis, qui appartiendraient à l'héritier débiteur ; si, par exemple, sa dette est à terme, il doit jouir du terme jusqu'au bout.

La diversité de systèmes, qui sont nés de l'idée opposée, ne prévient pas en sa faveur. Bien peu d'auteurs ont

pris l'article 829 dans les termes où il se présentait, embrassant toutes les dettes dans une même formule. La doctrine de l'égalité de droits se fonde sur le mot *rapport* de l'article 829. Or, ce mot revêt dans le Code bien des acceptions ; ainsi, les articles 1468 et 1469 l'emploient certainement dans un autre sens que l'article 843. Les mots *conformément aux règlements ci-dessus*, qui terminent notre disposition, peuvent parfaitement se référer aux articles 830 et 831, applicables au rapport des dettes.

L'ancien droit n'est pas très probant ; car, il n'assimilait au rapport des libéralités que la dette, née d'un prêt en ligne directe ou d'un paiement fait en l'acquit d'un descendant (voir notamment un arrêt du Parlement de Paris du 29 décembre 1574, *Recueil de Louet*, édition de 1742, t. II, lettre R sommaire 13, p. 490 ; Pothier, *Traité des successions*, chap. IV, art. 4, § 2). C'était un cas particulier, et l'exigence de la loi avait alors sa raison d'être : le prêt, étant essentiellement gratuit, ne se pratiquait guère qu'entre ascendants et descendants, et, alors, il constituait plutôt un avancement d'hoirie qu'un prêt véritable (Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, *Des Successions*, 2^e partie, sect. 2, n^o 8). On ne rencontre qu'un seul arrêt (*Recueil de Louet*, lettre R, XIII, p. 492), qui étende cette théorie à une autre dette que celle du prêt. Seul de tous les auteurs, Lebrun, à côté du rapport des dons, a esquissé (*Suc.*, liv. 3, ch. 4, sect. 2, n^o 7) une théorie, qui se rapprocherait de notre rapport des dettes ; l'opération aurait lieu même en collatérale, et s'exécuterait au moyen de prélèvements. Il fonde ces

prélèvements sur l'idée d'égalité de fait ; quant au prêt, il continue à l'assimiler à la donation. Il n'emploie, du reste, qu'une forme dubitative, pour exprimer sa théorie, qui ne semble pas avoir prévalu.

En somme, l'ancien droit ne pourrait servir d'argument qu'au sujet des dettes, nées du prêt, et seulement quand tout se passerait entre ascendants et descendants. Mais la situation, qui justifiait l'extension au prêt des règles des donations, n'existe aujourd'hui qu'exceptionnellement. Le prêt, normalement, se fait à intérêts.

Les partisans du système opposé sont obligés eux-mêmes de rejeter quelques conséquences, qui découleraient logiquement de leur conception : ils admettent, que la renonciation ne libère pas de la dette, et que les créanciers personnels du successible créancier peuvent demander en son nom le rapport de la dette et en profiter. A vrai dire, il serait bien difficile d'opiner autrement : mais, ces concessions nous semblent compromettantes pour la doctrine que nous combattons.

Les contrats, passés avec un successible, doivent-ils être toujours suspectés, parce qu'ils sont passés avec un héritier ? Mais, celui-ci peut être un parent au 12^e degré. Il se peut même que les parties aient contracté, sans pouvoir soupçonner qu'elles deviendraient héritières l'une de l'autre, si, par exemple, il se dresse entre le *de cuius* et son cocontractant plusieurs parents plus rapprochés, morts depuis. Quand la convention renfermera réellement un avantage indirect, il sera rapportable (article 833), suivant les règles du rapport des dons ; mais alors, on en appliquera tous les principes, et notamment

les règles des articles 845 et 857, et jusqu'à concurrence seulement de cet avantage.

Enfin, on peut reprocher aux divers systèmes, que nous avons examinés, leur injustice envers l'héritier débiteur, qui a passé son contrat avec le défunt comme il l'eût fait avec un étranger. Il a pu obtenir un terme, par exemple, en promettant en échange d'autres avantages, tels qu'un taux d'intérêts plus élevé; les héritiers continuent à jouir des avantages qu'il a faits à leur auteur, et lui perd le bénéfice des siens. En vain, dit-on que la déchéance du terme ne lui nuit pas, puisqu'il s'acquitte sans bourse délier. Il reste, qu'il recevra moins de biens héréditaires que ses cohéritiers; ce qui lui cause toujours un préjudice.

Voyons sommairement les résultats auxquels aboutit la doctrine que nous venons d'exposer, et qui sera la nôtre : vu la généralité de l'article 829, nous l'appliquons à toute indivision, ainsi qu'à toutes les dettes, qu'elles soient ou non antérieures à la création de l'indivision, qu'elles proviennent de contrats, quasi-contrats ou délits. — L'obligation en elle-même n'est pas changée : la loi, au mode normal de paiement en ajoute un autre ; c'est dire que le paiement ordinaire reste toujours possible, le débiteur conservant, son droit, qu'il tient de la convention, de s'acquitter en nature. Le prélèvement est une dation en paiement, facultative pour lui. Dans le système opposé, on est dans le rapport des dons, et l'on doit rapporter une somme d'argent ; or, d'après le système que nous avons admis plus haut, le prélèvement est le procédé impératif de rapport d'une valeur mobi-

lière. Tel est surtout, dans cette question, l'intérêt que présente pour notre étude la distinction entre le système de l'égalité de droit et le nôtre. D'après le premier, le seul moyen pour l'héritier, d'acquitter sa dette est, d'abandonner à ses concessibles autant de corps héréditaires; avec le nôtre, c'est une faculté qu'on lui donne.

Il continuera d'ailleurs, qu'il choisisse ou non le prélèvement, à bénéficier des délais obtenus (jug. trib. de Vendôme du 10 août 1887, *Gaz. Palais*, 1889, 2^e semestre, p. 598 s.), l'article 1188 ne mentionnant pas le décès du créancier comme cause de déchéance du terme. A plus forte raison le prélèvement ne pourra-t-il s'exercer pour dette conditionnelle où éventuelle, tant que le sort du débiteur reste en suspens. Une liquidation suppose que tous les droits sont certains et exigibles, pour qu'on ait des bases sérieuses d'appréciation : les dettes qui ne satisferont pas à ces conditions, échapperont à l'article 829, les créanciers conservant à l'échéance ou à l'avènement de la condition les voies ordinaires d'exécution.

L'article 829 devra, par contre, régir le successible, à quelque titre qu'il soit tenu. Si la dette est solidaire ou indivisible, le prélèvement aura pour base tout le montant de la dette ; car, l'héritier devrait le payer, et le prélèvement n'est qu'un paiement. Fût-il même caution, il devrait ou payer le tout ou subir le prélèvement pour le tout, sauf à user du bénéfice de l'article 2021. On est d'accord, l'article 829 ne parlant que de sommes, pour ne pas y soumettre les dettes de corps certains : comme il déroge à l'article 843, il faut le limiter aux termes qu'il

emploie. Du reste, le procédé serait moins simple pour des dettes de corps certains, qu'il faudrait estimer.

Si, la dette étant alternative, le choix du créancier ou du débiteur portait sur un corps certain d'une part, de l'autre sur de l'argent, la partie intéressée devrait mettre l'autre en demeure de se prononcer.

La dette ne devient pas de plein droit productive d'intérêts : si le contrat avait été réellement une donation d'intérêts pour le débiteur, il devrait rapporter, comme donation et comme capital, le montant des intérêts, additionnés depuis la donation jusqu'à l'échéance.

Le représentant ne devrait pas le rapport de ce qui est dû par le représenté, s'il avait renoncé à sa succession, parce que la répudiation l'a affranchi des dettes de son auteur ; à l'inverse, le petit-fils, qui viendrait de son chef à la succession de son grand-père, après avoir accepté celle de son père, devrait le rapport de la dette ; car, son acceptation l'a rendu débiteur ; en pareille circonstance il serait affranchi du rapport d'une libéralité (art. 848).

La renonciation à la succession du créancier n'empêche pas le successible de rester débiteur. Mais, l'article 829 devient matériellement inapplicable.

Enfin l'article 2093 s'oppose, pour nous, à ce que les héritiers créanciers soient mieux traités que les autres créanciers du cohéritier débiteur. La loi a offert le prélèvement comme moyen de simplifier la liquidation ; elle n'en a pas fait une cause de préférence, et on ne pourrait l'admettre sans une disposition expresse.

La Cour de cassation a adopté un système intermé-

diaire. Si la convention passée avec le défunt a eu surtout pour but l'intérêt du successible, il y aura lieu à l'application de la section II du chapitre du partage : sinon, il ne s'agit plus que d'un procédé de paiement (Cass., 9 février 1887, D., 87, 1, 193 ; Req. 4 novembre 1889, *Pandectes fr.*, 1890, 1, 3). La jurisprudence a souvent appliqué par extension l'article 848 au rapport des dettes (Req., 4 mars 1872, D., 72, 1, 319 ; Paris, 14 mai 1892, D., 92, 2, 295).

Il est certaines catégories de dettes, pour lesquelles l'application de l'article 829 ne dépend pas uniquement du parti, que l'on prend dans la question du rapport des dettes : nous parlerons notamment des dettes prescrites et de la portion d'une dette remise par concordat.

Dettes prescrites. Avec la théorie, qui repose sur l'idée d'égalité de fait, il ne peut être question de les rapporter ; elles ne sont plus susceptibles de paiement forcé. Or, le prélèvement n'est qu'un mode de paiement. D'ailleurs, nulle part, les rapports d'auteur à successible entre le créancier et son débiteur n'ont été considérés par la loi comme une cause de suspension de prescription. — On a voulu au moins faire rapporter ces dettes à titre de don. Car, le fondement de la prescription extinctive est, dit-on, une idée de renonciation (Paris, 6 mai 1846, D., 46, 2, 133). Il faut répondre que la prescription n'est pas uniquement une présomption de renonciation ; car elle se produirait nonobstant toutes réserves contraires de la part du créancier. Une sommation même n'en arrête pas le cours. Il faut au moins un commandement (art. 2244). C'est aussi bien une pré-

somption de paiement que de renonciaion. Mais, ce qui a surtout conduit le législateur à éteindre les actions par prescription, c'est le souci de la tranquillité publique et le désir de ne pas voir sans cesse renaître de vieilles querelles; les procès fussent devenus perpétuels. Cette idée n'a rien à voir avec celle de libéralité. En prenant même l'idée de renonciation comme seule base de la prescription, l'on n'en tire pas fatalement les conséquences, qu'a déduites l'arrêt de Paris : il n'est pas démontré, que la renonciation se soit toujours opérée dans une pensée de faveur pour l'adversaire. Le créancier a pu reconnaître, que son droit n'était pas fondé, ou ne l'était pas suffisamment. Une libéralité ne se présume pas (Grenoble, 14 août 1845, D., 46, 2, 135).

Dettes remises par concordat. Quelle que soit ici l'opinion qu'on se forme du rapport des dettes, l'on rencontre des idées divergentes sur cette question. Plaçons-nous d'abord dans la doctrine qui repousse l'assimilation au rapport des dons. Un premier système dit que la portion de dette remise par concordat doit au moins se rapporter comme dette. La dette reste civile malgré le concordat, puisque le paiement en est nécessaire, pour arriver à la réhabilitation. D'ailleurs, si l'on ne considère pas le créancier comme donateur de la portion remise, il en est au moins créancier. On est donc dans un cas de rapport des dettes (M. Labbé, *Revue pratique de droit français*, t. VII, p. 487, 489; Merlin, v° *Rapports*, § 2, n° 16).

Nous croyons, qu'il y a véritablement là une dette naturelle, non rapportable par conséquent, et toujours en vertu de la même idée : l'article 1235 prohibe le paiement

forcé, par suite, le prélèvement qui en est un des modes. L'obligation est une obligation naturelle ; car, les créanciers ne peuvent forcer le failli, à se réhabiliter malgré lui. L'acquiescement de la portion remise ne peut plus désormais s'opérer qu'avec son concours. Sans doute, celui dont le concordat a restreint les droits, reste créancier du surplus, mais créancier d'une dette naturelle. En droit civil, on admet d'ailleurs, qu'une dette remise n'est pas susceptible de rapport. Pourquoi poser une règle différente en matière commerciale ? La remise par concordat n'est autre qu'une remise de dette, dont les principes doivent être régis par le droit civil, en tant que la législation commerciale n'y a pas dérogé : or, si elle a édicté les rigueurs de l'article 604, elle n'a rien dit en ce qui touche au rapport (en ce sens, M. Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 1048 ; Cass., 22 août 1843, D., V° *succession* n° 1150).

L'idée du rapport des dons doit-elle conduire à d'autres conclusions ? On a soutenu que la remise, effectuée dans le concordat, était une véritable libéralité ; car, elle revenait à une donation de la somme encore due. Puisque le créancier a volontairement fait abandon d'une fraction de sa créance, que le débiteur n'est plus forcé de la payer, il y a eu libéralité.

Une autre opinion admet la solution précédente, quand la dette primitive a eu pour effet de faire passer quelque chose du patrimoine du *de cujus* dans celui de l'héritier. C'est le système de M. Meynial et la conséquence de sa doctrine sur le rapport des dettes en général (dans le même sens, Cass., 1^{er} juin 1847, D., 47, 1, 175).

Nous déciderons que la remise par concordat n'est pas une libéralité ; car, d'abord, elle a pu être imposée à la minorité par la majorité. De plus, quand le créancier la consent, c'est bien moins dans l'intérêt du failli que dans le sien propre ; avant de voter, il tâche, avec ses collègues, de stipuler pour la masse des créanciers le plus d'avantages possibles. Il faut, de plus, l'homologation du tribunal : or, comment concevoir une telle homologation pour un acte à titre gratuit ? L'intention de bienfaisance ne se supplée pas, comme le démontrent les articles 903 et 904 qui interdisent toute donation au mineur, sans autorisation possible. Enfin, la mort du créancier n'est pas une cause de résolution du concordat et cependant l'obligation du rapport de ce que le créancier a abandonné dans la dette ne serait autre chose qu'un anéantissement du concordat (en ce sens, Aubry et Rau, § 631, note 19 ; Demante, n° 187 *bis*, XII ; M. Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 1048).

Il faut admettre un certain tempérament à notre doctrine, si le contrat, passé entre le *de cujus* et son successeur, avait eu réellement pour cause une pensée de libéralité : par exemple, connaissant la mauvaise situation de son héritier, le défunt lui avait fait un prêt, sachant d'avance qu'il ne lui en reviendrait qu'une partie. La partie de la créance, qui serait considérée comme ayant eu pour cause une pensée de bienfaisance, serait précisément égale à celle remise par concordat (en ce sens, M. Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 1048 ; MM. Rataud et Bufnoir à leur cours). Il y aurait peut-être une petite réserve à faire si, les affaires de l'héritier ayant été

moins mauvaises que ne l'avait cru le *de cujus*, la faillite ne se fût produite que beaucoup plus tard : la portion remise pourrait alors ne pas correspondre entièrement à la portion donnée.

La dispense de rapport, en matière de dettes, se confond avec la remise de dette, et il pourra se présenter des questions très délicates d'interprétation de volonté. Nous venons d'en signaler une précisément, à propos du concordat. Sans la remise de dette, la dispense de rapport serait vaine : le prélèvement n'étant qu'un procédé de paiement, le testateur ne peut l'écarter ; on ne saurait lui permettre de s'ingérer dans les opérations du partage, quand le partage n'est pas son œuvre.

Les cohéritiers ne sont pas plus liés par l'article 829 que le débiteur lui-même. Rien ne les empêche d'y renoncer, et de poursuivre directement leur paiement sur les biens du débiteur (Cass., 6 juillet 1870, D. 71, 1, 114).

Pour la manière d'exercer le prélèvement, il y aurait lieu d'appliquer par analogie l'article 869, la loi étant muette à cet égard.

Observation commune à tous les cas de prélèvement.

Il se peut que la masse, quoique renfermant des biens de même nature que ceux à rapporter, n'en contienne pas cependant assez pour tous les cohéritiers. Ainsi, il se présente trois héritiers : l'un est donataire d'un immeuble ; les deux autres en trouvent un semblable dans la succession, mais un seul et indivisible, pour se payer. Auquel de ces deux cohéritiers l'attribuera-t-on ? Les

cohéritiers devront s'entendre sur le choix de celui qui aura la priorité dans l'exercice du prélèvement. En cas de contestation, on s'adressera au tribunal, qui statuera.

En résumé, nous avons vu, tant qu'il s'agissait du rapport des dons, le prélèvement servir au rétablissement de l'égalité en nature. Avec le rapport des dettes, il bouleverse, au contraire, l'économie du partage, puisqu'il tend à opérer en corps héréditaires le paiement de sommes d'argent. Seulement, il n'est alors que facultatif pour tout le monde, et les parties sont libres, si elles le préfèrent, de revenir aux règles des articles 826 et 832, et de laisser les dettes en dehors du partage.

APPENDICE

COMBINAISON DES RÈGLES DE LA RÉSERVE ET DU PARTAGE EN NATURE.

Les dispositions de la loi sur le partage en nature s'imposent-elles avec plus de force, lorsque des questions de réserve s'y trouvent mêlées ? En d'autres termes, deviennent-elles impératives, lorsque la donation est non seulement rapportable mais encore réductible ? La solution ne se trouve dans la loi que pour un cas particulier, que vise l'article 866, complété par l'article 924.

Il faut déterminer, au préalable, les droits de l'étranger en présence du réservataire, à notre point de vue. On admet le plus souvent, que le donateur, en lui abandonnant la quotité disponible, peut la lui fournir en tels biens qu'il lui plaît. Lorsque la loi a limité ses pouvoirs par l'institution de la réserve, elle ne l'a jamais fait qu'au point de vue de la quotité, le laissant entièrement libre dans ces limites. C'est ainsi que les articles 913 et suivants, qui déterminent le disponible, ne parlent que de fractions indivises du patrimoine, sans s'occuper de la qualité des biens, qui feront l'objet de libéralités. On reconnaît aussi, que le donateur peut laisser le choix des biens au gratifié, si celui-ci doit l'exercer de son vivant.

On n'est plus entièrement d'accord, si ce choix ne doit être fait qu'après le décès, ce qui est le cas du legs

d'option. Le legs peut-être ainsi conçu : « Je lègue à un tel ma quotité disponible, à prendre en tels biens qu'il lui plaira de ma succession ». On a soutenu que ce legs comprenait d'abord une disposition à titre universel de la quotité disponible plus un legs particulier, le legs d'option : l'option serait une valeur distincte, créée par le testateur, et qui s'ajouterait au patrimoine ; par conséquent, léguer la quotité disponible avec droit d'option, c'est disposer de la portion permise plus encore quelque chose, c'est donc porter atteinte à la réserve, et violer les articles 913 et suivants.

L'option est bien une valeur pécuniaire, dit-on, puisqu'elle se prête à un trafic entre l'héritier et le légataire, le premier pouvant obtenir à prix d'argent la renonciation du gratifié à son option, s'il y a intérêt (Chambéry, 17 février 1865, S., 65, 1, 249).

La jurisprudence actuelle n'admet pas cette prétention des réservataires (Req., 29 juillet 1890, D., 91, 1, 28) : la loi a limité dans une certaine mesure les droits du *de cuius* : mais, dans cette limite, il lui reste toute latitude ; le choix qu'il peut exercer lui-même, aucun texte ne lui interdit non plus, de le déléguer à son légataire ; et c'est ce qu'il fait dans le legs d'option. Le prix, qu'attachera l'héritier au droit d'option, ne peut se déterminer *à priori*. Son intérêt se dessinera d'après les circonstances. Souvent ce droit aura trop peu de valeur à ses yeux, pour qu'il songe à l'acheter au légataire. Par lui-même, le droit d'option n'est pas dans le commerce : s'il peut donner lieu par la suite à un trafic, il en est de même de tout legs, fût-il pur et simple ; ce n'est

qu'une déviation de la destination primitive de la libéralité.

La même solution sera-t-elle maintenue, si les réservataires concourent, non avec des étrangers, mais avec d'autres héritiers non réservataires ? Nous admettrons encore que le testateur peut faire au non-réservataire un legs précipitaire, avec le choix des biens. Car, par rapport à la réserve, ce non-réservataire est un étranger. Mais le *de cujus* ne peut plus déléguer son droit, pour qu'il l'exerce après sa mort ; car ici, le non-réservataire est héritier. La question précédente se complique d'une question de partage, puisque tout héritier doit prendre part au partage. Or, entre héritiers (article 815), ce dernier est obligatoire, imposé par la loi. D'autre part, le legs de la quotité disponible est un legs universel et, adressé à un héritier, il fait corps avec sa part héréditaire, il se trouve soumis comme elle au résultat du partage. Dès lors, le *de cujus* ne peut déléguer à son légataire le droit de régler autrement cette opération que ne l'a fait la loi dans les articles 816 et suivants. Son autorité cesse au-delà de la tombe, à moins qu'il n'ait usé de la faculté, de faire un partage d'ascendant ; hormis ce cas, il n'a pas d'action sur le partage, si ce n'est dans la libéralité même.

A plus forte raison, devrions-nous le décider ainsi, si tous étaient réservataires. Mais ne convient-il pas alors de faire un pas de plus ? Le *de cujus* conserve-t-il le droit, en ce cas, de favoriser l'un d'eux en tels biens qu'il préfère ? Remarquons, que la question peut aussi bien se poser, si la libéralité est faite en avancement d'hoirie,

que s'il y a préciput ; car, si elle excède le disponible, on peut toujours se demander, en admettant que la réserve soit intangible en nature, s'il ne faut pas remettre l'excédent à la masse, quand même aucun avantage réel en valeur n'aurait été fait à l'un des héritiers.

Pour simplifier, restons dans l'hypothèse d'une libéralité préciputaire : le préciput se complique d'un certain avantage dans la part de réserve du donataire, que le *de cujus* a composée à son gré. Non seulement l'héritier a reçu un préciput ; mais, les biens qui composent sa part de réserve, sont de meilleure qualité que ceux attribués à ses co-réservataires. Il y a deux parts à faire dans la disposition : le préciput, considéré isolément, doit être traité, comme s'il était fait à un étranger ; il reste à l'héritier, tant qu'il n'empiète pas sur la réserve ; dès qu'il l'excède, l'excédent, mais, l'excédent seulement se rapporte en nature (article 866), 2^o la part de réserve, qui doit être rendue à la liquidation,

Comment traiter cette part de réserve ? Nous croyons que la loi a voulu assurer aux intéressés leur réserve en corps héréditaires, dans leurs rapports entre eux. Cette seconde partie de notre solution repose également sur l'article 866, combiné avec l'article 924. Ces articles, d'après nous, s'occupent du don préciputaire (le contraire n'a été soutenu pour l'article 924 que par les adeptes de la théorie du cumul, dont la discussion ne rentre pas dans notre cadre) ; donc, ils supposent bien que le défunt a usé de ses droits jusqu'à leur extrême limite ; cette limite, les articles 866 et 924 la fixent eux-mêmes ; car ils supposent que la réserve sera toujours restituée en

nature, pour être ensuite équitablement répartie entre les ayants-droit : la réserve, véritable succession *ab intestat*, est par là même soumise à toutes les règles du titre du partage de succession, et notamment à celle de l'égalité en nature ; mais, cette succession *ab intestat* a ceci de spécial qu'elle échappe entièrement à l'autorité du testateur ; eût-il même exercé le partage de son vivant, comme le lui permet l'article 1075, il ne peut en rien porter atteinte à la réserve, dont l'article 1076 rappelle les règles en cette matière.

La libéralité précipitaire étant rapportable en tant qu'elle touche à la réserve, va-t-on lui appliquer pour cette portion les règles du rapport ou de la réduction ? d'autre part, ne tiendra-t-on aucun compte de l'importance que peut avoir la partie précipitaire par rapport à la partie réductible, ou réciproquement ?

L'article 924 reproduit, en la résumant, la disposition finale de l'article 859 : l'on n'a pas à rapporter en nature même la part de réserve, si les biens qui restent dans la masse pour les autres réservataires, sont semblables à ceux que détient le gratifié. S'ils ne sont pas de même nature, l'article 866 ordonne d'abord la séparation du disponible et de la réserve dans l'immeuble donné, quand elle est possible ; puis, la remise en nature à la masse de la portion de réserve. Au cas où cette séparation est impossible, on évalue dans l'immeuble la portion, représentative du préciput, et celle qui correspond à la réserve : si la première est la plus forte, tout l'immeuble reste au donataire, à la charge de rapporter pareille valeur en

moins prenant ; en cas contraire, il rend l'immeuble tout entier, en prélevant sur la masse la valeur de son préciput. En pratique, la question ne se posera que pour la donation entre-vifs ; car, la jurisprudence a refusé d'étendre cet article aux legs (Caen, 23 décembre 1879, D., 81, 2, 200). Nous avons traité ci-dessus la question d'une manière plus générale, et nous l'avons résolue conformément à la jurisprudence. La raison d'équité, qui a inspiré l'article 866 est d'ailleurs moins forte ici, puisque le légataire ne possède pas encore l'immeuble. L'article 866 a eu pour but, d'atténuer les règles de la réduction, et non d'aggraver celles du rapport. — En cas de perte de l'immeuble par la faute du donataire, l'héritier réservataire devrait nécessairement se contenter d'une valeur. — Quant au tiers détenteur, il serait soumis à la règle de l'article 930, pour la portion non disponible. Il y aurait donc ici encore concours des règles du rapport (qui laissent le tiers détenteur à l'abri des poursuites) et de la réduction (qui atteignent, dans une certaine mesure l'acquéreur). Dès lors, nous appliquerions par analogie l'article 866, si ce tiers avait acquis un immeuble non divisible, dont la valeur fût égale à la somme du disponible et de la part de réserve de l'aliénateur : le tiers est aussi favorable que l'héritier, et il n'y a aucune raison de donner le pas aux principes de la réduction sur ceux du rapport.

Nous donnerons des solutions identiques pour tous les cas, où les règles du rapport et de la réduction différeront, notamment quant aux fruits et aux intérêts : la jurisprudence écarte toujours, cependant, l'application

de l'article 928 (Cass., 26 avril 1870, D., 70, 1, 358) dans ces libéralités mixtes. Suivant elle, les fruits et intérêts sont toujours dus à partir du décès, la demande en réduction eût-elle été introduite après l'année.

POSITIONS

Positions prises dans la thèse.

DROIT ROMAIN

I. — A Rome la prohibition des renonciations à succession future s'étend même aux héritiers, non parents du *de cujus*.

II. — La clause d'imputation des biens donnés sur la légitime est valable.

III. — La législation romaine prohibe les donations de biens à venir.

IV. — Le substitué ne peut, du vivant du grevé, traiter sur les biens de la substitution.

V. — Les pactes successoraux, intervenus entre la délation et l'acquisition de l'hérédité, sont valables.

VI. — Le testateur ne peut pas imposer à ses héritiers le maintien de l'indivision pendant un temps déterminé.

VII. — Le *condictio ob rem dati* est inapplicable au partage amiable.

VIII. — Le partage est ou non rescindable pour lésion, suivant qu'il revêt la forme d'une vente ou celle d'un échange.

DROIT CIVIL

I. — Quand les héritiers viennent dans la succession pour des parts inégales, il faut réduire au même dénominateur toutes

les fractions, représentatives de leurs droits, et composer autant de lots qu'il y a d'unités dans ce dénominateur commun.

II. — Il en est de même, quand le nombre des héritiers est différent dans les deux lignes.

III. — L'article 832, 2° forme la règle, et non l'exception.

IV. — L'ascendant, dans le partage des articles 1075 et suivants, peut s'écarter des règles des articles 826 et 832.

V. — Les articles 826 et 832 tenant au fond du droit autant qu'à la forme, on ne peut leur appliquer la *lex loci actus*.

VI. — Le partage en nature doit s'opérer, même pour les œuvres d'art, quand il est commodément réalisable, et n'a d'autre inconvénient que de ne pas leur faire atteindre un prix plus élevé.

VII. — La règle de l'article 868 vise les meubles incorporels comme les autres.

VIII. — Les legs sont toujours rapportables en nature.

IX. — Le rapport des dettes est fondé sur l'idée d'égalité de fait, et non sur celle d'égalité de droit.

X. — Entre réservataires, l'égalité en nature est impérativement exigée dans le partage des biens non disponibles.

Positions prises en dehors de la thèse.

DROIT ROMAIN

I. — En cas de faillite d'un *argentarius*, le déposant n'a sur les biens de son débiteur qu'une créance privilégiée, venant après les autres privilèges personnels.

II. — Dans le droit antéjustinien, la *minima capitis deminutio*, encourue par le fils, vétéran ou soldat, n'entraînait pas

la nullité du testament, fait auparavant sur son pécule *castrense*.

III. — Le legs de libération fait par un des *correi stipulandi socii*, peut être opposé par le débiteur aux autres créanciers.

IV. — L'action *de tigno juncto* est une action mixte.

DROIT CIVIL

I. — Le juge peut, depuis la loi du 24 juillet 1889, se borner à enlever aux parents une ou plusieurs prérogatives de la puissance paternelle.

II. — Est valable la clause d'une donation aux termes de laquelle les biens donnés, quoique meubles, n'entreront pas dans la communauté du donataire, même si les biens donnés servent à composer la réserve de ce donataire dans la succession du donateur.

III. — Un père de famille peut grever un enfant naturel d'une substitution au profit des enfants légitimes au premier degré.

IV. — Un tribunal peut nommer un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit, quand les faits allégués ont été présentés comme de simples actes de prodigalité.

V. — Le tribunal, qui prononce la conversion d'un jugement de séparation de corps en divorce, ne peut pas modifier, en dehors de la conversion elle-même, les dispositions du jugement de séparation de corps qui ont l'autorité de la chose jugée.

VI. — L'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur n'a pas besoin de recourir à la transcription, dans ses rapports avec les tiers ayant cause du cédant.

DROIT CRIMINEL

I. — Un écrit injurieux adressé à un magistrat et publié par la voie de la presse, ne constitue qu'un seul délit, si la publication a eu lieu avant l'envoi au magistrat.

II. — L'article 24 du Code pénal qui reporte la condamnation au jour du premier jugement pour les condamnés, qui ont obtenu une réformation sur l'appel ou le pourvoi, est applicable au cas de réformation du jugement sur opposition.

DROIT COMMERCIAL

I. — Les héritiers d'un négociant décédé en état de cessation de paiements, alors même qu'ils ne sont pas ses créanciers, peuvent provoquer la déclaration de faillite, comme il eût pu le faire lui-même pendant sa vie.

II. — Le prêt n'est pas commercial, lorsqu'il est fait par un commerçant à une personne non commerçante, pour une opération non commerciale.

Vu :

Par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu :

Le président de la thèse,
A. BOISTEL.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne), 30, Passage Verdeau, Paris.
